الفقه

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

(دام ظله)

كتاب الشركة والمضاربة



دار العلوم

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی المجلد ۵۳

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هرجلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الفقه

موسوعه استدلالیه فی الفقه الإسلامی

آیه الله العظمی

السید محمد الحسینی الشیرازی

دام ظله

کتاب الشرکه والمضاربه

دار العلوم

بیروت لبنان

الطبعه الثانيه

۱۴۰۹ ه‍ ـ ـ ۱۹۸۸م

مُنقّحه ومصحّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم ـ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريک، بئر العبد، مقابل البنک اللبنانی الفرنسی

ص:۴

کتاب الشرکه

اشاره

کتاب الشرکه

ص:۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۶

مفهوم ومصداق الشركه

كتاب الشركه

في أحكام الشركه

وهي عباره عن كون شي ء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً

كتاب الشركه

في أحكام الشركه

قال في الجواهر: بكسر الشين مع إسكان الراء، وبفتحها مع كسرها، بل وإسكانها.

{وهي عباره عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً} على ما عرّفها المصنف، لكن الشرائع عرفها باجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع، وفي مفتاح الكرامه عند قول القواعد بمثل هذا التعريف: أنه تعريف النافع والتذكره والإيضاح وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع والروض وهو المشهور، كما في مجمع البرهان، ونقل عن الخلاف والمبسوط والكافي والوسيله وجماعه آخرين أنها عقد.

ولا يخفى أن من لم يذكر لفظ: العقد، أراد حقيقتها الخارجيه التي قد تتحقق بالعقد، وقد تحقق بأسباب أخر، ومن أضاف لفظ العقد أراد القسم العقدي منها

والمصـنف لم يأت بلفظ العقـد، لأنه أراد حقيقتها التى قـد تتحقق بـدون العقد وقد تتحقق بالعقد، وهذا أنسب حيث إن الفقيه لا بد له من التعريف الجامع لهما حتى يرتب على كل قسم أحكامه.

أما إنكار الحدائق عقد الشـركه رأساً، ففى الجواهر أنه واضح الفساد، بل يمكن دعوى إجماع الخاصه والعامه على خلافه، وإنما أعرض عن تعريف المشـهور لميله إلى أن الشـركه تلاحظ أولاً وبالذات بالنسـبه إلى الشـىء المشترك فيه، بينما تعريفهم لاحظ أولاًـ وبالـذات المشتركين، فإن الشـركه قـد تضاف إلى المفعول، وقـد تضاف إلى الفاعل، وإن كانا وجهين لشـىء واحـد، إذ لا يعقل أحدهما بدون الآخر.

ولا ينتقض على المصـنف بما قاله المسالك وجامع المقاصـد: من أن قيـد (الشـياع) فى تعريفهم لإخراج اجتماع حقوق الملاك فى الشـىء الواحد المركب من أجزاء متعدده كالبيت مثلاً إذا كان خشـبه لواحد وحائطه لآخر وأرضه لثالث، فإنه لا شـركه لعدم الشياع، وإن صدق اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد، انتهى.

إذ فى المثال ليس شىء واحد لاثنين، بل الشىء الواحد بعضه لهذا وبعضه لذاك.

ولاـ يخفى أنه يشـمل تعريف المصـنف الكسـر المشاع والكلى فى المعين، بينما لا يشـمل تعريفهم ذلك، والأقرب أنه داخل فى الشركه فيقال: لمن اشترى طناً من قصب عشره أطنان أنه شريك معه.

نعم الانصراف البدوى لا يشمل إلاّ الكسر المشاع، وقد يؤخذ على المصنف أنه

لاـ يشـمل إذا لم يكن هناك اثنان مع أنه قـد تتحقق الشـركه، كما إذا وقف أحـد الشـريكين نصف أرضه المشاعه مسـجداً، فإنه يصـح ذلـك ويلزم الإـفراز، كمـا ذكروا فى كتاب الوقف، وإلا لم يجز تنجيس أى جزء منه ولا مكث الجنب والحائض فيه، إلى غير ذلك، مع أنه لا مالك للمسجد.

ولا يخفى أن هذا الإيراد أقرب إلى كلامهم، حيث قالوا: (الملاك) من كلامه، إلى غير ذلك من المباحث الطويله التى ذكروها هنا، نقضاً وطرداً، وحمل التعاريف على اللفظيه وشرح الاسم _ كما قاله الآخوند: (رحمه الله) _ أولى، فتأمل.

ثم لاـ بأس هنا للإشاره إلى معنى ذكرناه فى حاشيه المكاسب يناسب المقام، لبعض الفائـده هنا وفى غيره، وهو أنه لا يخفى أن الأحكام الشـرعيه الوارده على المواضـيع العرفيه يجب أن يتبع فى تلك المواضيع العرف، فإذا قال الشارع الماء طاهر مطهر، يلزم أن يرجع إلى العرف فى تحقيق مـا هو المـاء، إلاّ إذا كان للشارع اصـطلاح خاص فى ذلك كالصـلاه مثلاً التى يريـد بها الشارع حقيقه جديده غير المفهوم عرفاً الذى هو مطلق الدعاء.

وهنـاك خلاـف فى أن الرجوع إلى العرف فى المفهوم فقط دون المصـداق، كما يقوله الشـيخ المرتضـى وكثير من المتأخرين، ولـذا لاـ تصـح المسامحـات العرفيه فى المصـاديق، أم المرجع هو العرف حتى فى المصاديق، ولـذا إذا قال: (فاغسـلوا وجوهكم) مثلاً، لوحظ مفهوم الغسل للوجه ومصداقه، فإذا سامح العرف فى عدم غسل مقدار رأس أبره بأن سماه غسلاً للوجه، جاز اتباعه،

اللهم إلاّ ـ ما خرج بالدليل، وهذا هو الذى أميل إليه، لأن الكلام ملقى إلى العرف بمقتضى(وَما أَرْسَلْنا مِنْ رَسُولٍ إِلاّ بِلِسانِ قَوْمِهِ)((١))، ولسان القوم أعم من المفهوم والمصداق.

وكيف كان، فهذا له مورد آخر فصلنا الكلام حوله تفصيلًا.

إذا عرفت أن العرف هو المرجع فى المفاهيم، قلنا: إن اللغوى ليس إلاّ أحد العرف الذين يخرجون المعانى من العرف بالتبادر، أو من العرف بواسطه لغوى قبله الذى هو استقى المعانى أيصاً، فإذا كان الأمر كذلك وعرفنا تبادراً لمعنى لدى العرف، لم يكن قول اللغوى بخلاف ذلك حجه، ولذا نرى الفقهاء فى مثال (الوطن) و(الآنيه) و(الغناء) وما أشبه ذلك يشككون فى كلمات اللغويين، ويرجحون ما يتبادر فى أذهانهم، بالإشكال على اللغوى طرداً أو عكساً أو ما أشبه ذلك.

وعلى هذا، فاللازم فى صدق (البيع) مثلًا العرف، سواء كان قول المصباح (مبادله مال بمال) صادقاً عليه أم لا، فكلما رأينا صدق البيع عليه فى العرف شمله قوله سبحانه:(أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ)((٢)).

إذا تحققت هاتان القاعدتان أعنى لزوم اتباع العرف فى موضوعات الأحكام وعدم لزوم التقيد بما قاله اللغوى إذا كان هناك تبادر، نقول: الأشياء القابله

١- سوره إبراهيم: الآيه ۴
٢- سوره البقره: الآيه ٢٧۵

للتبادل أربعه: (العين) كعين الدار، و(المنفعه) كمنفعه الدار، و(عمل الحر)، و(الحق) كحق التحجير مثلاً، وكل واحد من هذه الأربعه قد تكون معوضاً كما لو اشترى أحد الأربعه بدينار، وقد يكون عوضاً، فالأقسام سته عشر حاصله من ضرب أقسام المعوض الأربعه فى أقسام العوض الأربعه، ومقتضى القاعدتين السابقتين صحه جميع الأقسام، إذ لا نرى وجهاً لعدم تسميه بعضها بيعاً بعد أن البيع فى العرف إعطاء شيء وأخذ شيء بهذا العنوان، أى بعنوان البيعيه، وتوفر سائر الشرائط فيه، فلا يستشكل بأن بعض الحقوق ليست قابله للنقل والانتقال كحق المضاجعه، إذ فى مثل ذلك لا يكون الحق قابلاً للانتقال حتى يصح عليه البيع، لا أنه بعد تمام الشرائط لا يصح البيع، لعدم صدق تعريف المصباح عليه.

أما الإجماع الذى ذكره الجواهر فى المقام، فمن الواضح الإشكال عليه صغرى بعدم تحقق الإجماع، وكبرى بأنه من محتمل الاستناد، بل مقطوعه وليس مثله حجه، كما حقق فى الأصول.

وبما تقدم تعرف أنه ليس وجه فى القول بأن الأخبار الداله على بيع خدمه المدبر وبيع سكنى الدار، وبيع الأرض الخراجيه وما أشبه، قد أطلق البيع فيها مجازاً، بل هو حقيقه ولا مانع منها.

ثم لا يخفى أن البيع له إطلاقان:

الأول: إطلاقه على المعامله القائمه بالطرفين، وهذا هو المفسر فى كلام المصباح وغيره بأنه مبادله مال بمال.

الثانی: إطلاقه علی أحد الطرفین، کقولهم: (بیع وشراء).

ثم إنه لما کانت الأمور الاعتباریه لا حقیقه لها فی الخارج، کانت بید المعتبر، وکثیراً ما یکون شیء واحد قابلاً لانطباق مختلف العناوین علیه، وبانطباق کل عنوان یکون له أثر خاص، مثلاً یصح کل من (الرهن) و(بیع الشرط) فیما إذا أراد إعطاء داره فی مقابل ألف دینار، فإنه إن أعطاها رهناً کان کل من الطرفین ممنوعاً من التصرف ولم یؤثر الملک، وإن أعطاه بیع شرط صح تصرف المشتری وامتنع تصرف البائع وأثر الملک، إلاّ أن للبائع الفسخ عند حلول وقت الخیار، وهکذا فی غیر المثال المذکور.

مثلاً لا یصح بیع شیء مجهول، بینما یصح الصلح علیه، کما أنه یصح بیع الأمه وتحلیلها وتزویجها دواماً ومتعهً وإعارتها وإجارتها وما أشبه ذلک.

ولاـ یستشکل بأن بعض هذه الأمور کالحیله الشرعیه، مثل بیع الشرط فی باب الرهن، ومثل الصلح فی باب بیع المجهول، لأن ضرب القواعد الکلیه یستلزم إجازه کل قسم، فإن اعتبر المعتبر هذا القسم تبعه حکمه، وإن اعتبر قسماً آخر تبعه حکمه، وضرب القواعد الکلیه وإن استلزم مثل هذا الجواز أهم فی نظر العقل والعرف والشرع من ملاحظه الفوائد بکل دقه، مثلاً ضرب قاعده کلیه فی نفوذ کل شرط أهم من ملاحظه کل مصداق مصداق من مصادیق الشرط، والحکم ببطلان الشرط إذ ألزم شیئاً باطلا کان یحکم ببطلان بیع الشرط لأنه ملازم للرهن الذی یتصرف فیه أحد الطرفین، وهو خلاف أن کلا الطرفین ممنوعان من التصرف.

ص:۱۲

هذا بالإضافه إلى ما عرفت من اختلاف الأثر، فإن لكل معامله أثراً خاصاً لا يوجد فى غيره.

إذا عرفت هذه المقدمه قلنا: لا مانع من تحقق كل واحد من البيع والإجاره فى مورد واحد، فيستأجر العبد لخدمته أو يشترى خدمه العبد، كما يصح الصلح والهبه المعوضه والإعاره بشرط وما أشبه ذلك، فالإشكال فى الإجاره إذا أثمرت نقل الثمره أو ما أشبه ذلك، مما لا وجه له.

ثم لا يخفى أن (الحق) بمعنى الثبوت، وهو بهذا المعنى يطلق تاره على الله سبحانه فيقال: الله حق، وتاره على الملك نحو: هذا حق زيد، وتاره على الحق المصطلح فى كلام الفقهاء نحو: حق التحجير، وتاره على التكاليف الشرعيه نحو: الصلاه حق الله، وهكذا، فإن المعنى فى الكل واحد، وهو الثبوت، منتهى الأمر أن الثبوت قد يكون بالنسبه إلى الذات نحو: الله الحق، وقد يكون بالنسبه إلى الإضافه، كما فى الموارد الثلاثه الأخر، فإن إضافه الملك إلى زيد، وإضافه جواز التصرف فى حق التحجير، وإضافه الصلاه إلى الله سبحانه ثابته فى مقابل عدم إضافه الملك لعمرو وهكذا.

وعلى هذا فجعل بعضهم الحق مشتركاً لفظياً بين هذه الأمور مما لا وجه له، والدليل على ما ذكرناه هو وحده المعنى المتبادر إلى الذهن من الحق حين يطلق.

ثم إنه ذهب المشهور إلى أن الحق مرتبه ضعيفه من الملك، وأشكل عليهم بعض من قارب عصرنا بأن الملك غير قابل للشده والضعف، والذى يمكن أن

يقال: إن الإنسان له أن يتصرف فى بعض الأشياء، منتهى الأمر يفرق الأشياء فى ذلك، فأحياناً يجوز التصرف الواحد أو تصرفان أو ثلاثه أو أربعه وهكذا، مثلاً قد يكون شىء ملكاً مطلقاً للإنسان، فيجوز أن يتصرف فيه بيعاً ورهناً وإجارةً وهبةً وصلحاً وإعارةً وما أشبه ذلك، كما أنه ينتقل منه إلى ورثته، وقد يكون ملكاً لا يجوز له أى التصرف فعلاً كملك القاصر، وقد يكون ملكاً يجوز له التصرف فيه ببعض أقسام التصرف دون بعض، كملك السفيه والمحجور والملك المشترط على المالك بعض أنحاء التصرف، كما لو باعه داراً بشرط أن لا يخرجها عن ملكه إطلاقاً، أو لا يخرجها بقيمه أقل من القيمه السوقيه أو ما أشبه ذلك.

وهذه التصرفات هى لوازم الملكيه، سواء كانت كثيره أو قليله، والحق أيضاً من الملك فهناك حق يباع ويشترى وينتقل كحق التحجير مثلاً، وهناك حق غير قابل للانتقال كحق المضاجعه، إلى غيرها من أقسام الحقوق المختلفه مما يورث أو لا يورث، أو سائر المزايا المختلفه فى الحقوق.

ومما ذكرنا تعرف أن الملك والحق مترادفان واقعاً ولغةً، ولذا يطلق أحدهما فى مقام الآخر فيقال: الزوجه تملك القسم، كما يقال: هذه الدار حق لزيد، كما تعرف أن الحق ليس مرتبه ضعيفه من الملك، وكأن مراد المشهور أن الملك بمعناه الاصطلاحى يتبادر منه الفرد الكامل الذى هو إباحه كل التصرفات أو جلها، كما أن الحق بمعناه الاصطلاحى يتبادر منه ما فيه إباحه بعض التصرفات، فالتصرفات التى يطلق عليها الحق أقل من التصرفات التى يطلق عليها الملك، ولا مانع أن يقال بقبول الملك للشده والضعف بالمعنى الذى ذكرنا، لا بمعنى

الشده والضعف الواقعيين.

بقى فى المقام شىء، وهو أنه قد اشتهر بينهم أن الحق غير الحكم، فالحق من أقسام الملك، والحكم إنشاء تابع لمصلحه ملزمه فى الفعل أو الترك فى الوجوب والتحريم، أو لمصلحه غير ملزمه فى الاستحباب والكراهه، أو إنشاء إرخاء العنان فى الإباحه فيما لا مصلحه ملزمه أو مرجحه فى أحد الطرفين، وكثيراً ما يتردد الفقيه بين أن الشىء الفلانى حق أو حكم.

لكن لا يخفى أن هذا تطويل بلا طائل، إذ لو أريد بهذا التقسيم كشف الآثار فذلك غير مجد، إذ اللازم معرفه كل أثر أثر من الدال على ذلك الحق أو الحكم، مثلاً فى حق التوليه والنظاره يلزم أن نراجع دليل هذا الحق، وهل أنه قابل للإرث أو النقل أو لا، ولو أريد بهذا التقسيم بيان الفرق بين الحق والحكم واقعاً وأنهما شيئان لكل واحد آثار خاصه، ففيه إنا لا نتعقل أمرين أحدهما دون الآخر، وإنما المعقول أن الشارع قد يجوز أشياء وقد يجوز شيئاً واحداً وقد لا يجوز، كما أنه قد يمنع أو يوجب شيئين أو شيئاً، ومن هذه لإنشاءات يتولد اصطلاح الحق أحياناً.

مثلاً من إيجاب القسم يتولد اصطلاح: حق الزوجه فى المضاجعه، ومن إباحه التصرف فى الأراضى يتولد اصطلاح: حق تحجير الأرض التى لا مالك لها، وهكذا.

وبالجمله فليس هناك حق فى مقابل حكم، وإنما هذا من أقسام العباره والاصطلاح فقط، وقد اعتنى به المتأخرون، بينما لا نجد منه أثراً فى كلام القدماء.

ص:١٥

وهی إما واقعیه قهریه کما فی

لا_ یقال: ما ذکرتم مبنی علی انتزاع الأحکام الوضعیه من الأحکام التکلیفیه، فلازم قولکم إن الملک أمر منتزع من جواز التصرف، وهذا غیر تام، إذ کثیراً ما نری وجود الملک بدون جواز التصرف کما فی المحجور بصغر أو جنون أو سفه أو فلس أو ما أشبه.

لأنا نقول: إنا لا ندعی أن الملک هو عباره من جواز التصرف مطلقاً، بل هو عباره عن جواز التصرف بنفسه أو ولیه، مع أن جواز التصرف إما فی الحال أو فی الاستقبال حیث یرتفع الحجر.

وإن أردت أن یتضح ذلک فارجع إلی الوجدان، فهل تری أمرین: الملک وجواز التصرف، والنجاسه ووجوب الاجتناب، والزوجیه وجواز المباشره وما أشبه ذلک، وبالجمله فهناک جمله من الأحکام التکلیفیه ینتزع منها الحکم الوضعی، أو یقال لها الحکم الوضعی.

{و} حیث قد عرفت أن الشرکه عقدیه وغیرها أمور عرفیه أمضاها الشارع بدلیل:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[(1)] فی العقدیه، و«لا یتوی حق امرئ مسلم»[(2)] و«لا تبطل حقوق المسلمین»[(3)]، و(لا_ تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ)[(4)] إلی غیرها فی غیر العقدیه، لم یحتج ما یذکره المصنف من أقسام الشرکه إلی دلیل خاص.

ف_ {هی إما واقعیه قهریه} أی فی الواقع اشتراک مقابل الظاهر {کما فی

ص:16

1- سوره المائده: الآیه 1

2- المستدرک: ج3 ص215 باب نوادر الشهادات ح5

3- الوسائل: ج24 ص210 الباب 6 من أبواب عقد النکاح ح9

4- سوره النساء: 29

المال أو الحق الموروث

المال أو الحق الموروث} حيث إن كل جزء جزء من المال مشترك بين الورثه، لأنه ظاهر العرف والشرع، وكذا فيما إذا كان وارثاً حقاً كحق الخيار، وكأن المصنف لم يذكر المنفعه لإدخاله إياها فى المال، مثل منفعه البستان والدار وشبههما، فإن المبسوط والسرائر وتبعهما غيرهما كالعلامه فى القواعد قسموا الشركه إلى ثلاثه أقسام: الشركه فى الأعيان أو المنافع أو الحقوق، وجعلوا الأول على ثلاثه أوجه: الميراث والعقد والحيازه، ومثلوا للاشتراك فى المنافع بمنفعه الوقف ومنفعه العين المستأجره، ومثلوا للاشتراك فى الحقوق بمثل الاشتراك فى حق القصاص، وحد القذف، وحق خيار الرد بالعيب ونحو العيب، وحق المرافق كالمشى فى الطرقات.

قال فى مفتاح الكرامه: وحرره المتأخرون كالمحقق والعلامه والشهيدين وأبى العباس والمحقق الثانى وغيرهم ، فقيدوا الحيازه بما إذا كانت دفعه فإنها حينئذ تتحقق الشركه فى الجمله، لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبه عمله، ويختلف ذلك بالقوه والضعف، ولو اشتبه مقدار كل واحد فالصلح أو تمليك كل واحد ما بقى له عند الآخر، إلى آخر كلامه.

لكن اللازم القول بالقرعه فى المشتبه، أو قاعده العدل، كما رجحناها فى جمله من كتب الفقه.

نعم إذا لم يمكن القاعده فالقرعه، وإذا لم يمكن القرعه فالصلح القهرى بإجبار الحاكم، لأنه موضوع لفصل الخصومات، وهذه خصومه، فيشملها «الصلح خير».

ص:١٧

وإما واقعيه اختياريه من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك« أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً، وإما ظاهريه قهريه

لا يقال: إنه خير من شيء آخر مشروع، وإذا لم يكن شيء آخر مشروع لم تكن نوبه الصلح.

لأنه يقال: يفهم من الآيه كالروايه «الصلح سيد الأحكام»، وصول النوبه إليه أخيراً إن كان شيء قبله فعلى سبيل الندب، وإن لم يكن فعلى سبيل الوجوب.

{وإما واقعيه اختياريه من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك} فإنها تصبح لهما.

وإنما قال بالاشتراك، لأنه إن أحيى كل أحد منهما بعضها اختص ذلك البعض به فلا اشتراك.

ثم قد يكون كلاهما متساويين في الاشتراك فلكل نصفها، وإلا فبالنسبه، كما إذا عمل أحدهما فيها أسبوعاً، والآخر أسبوعين بكيفيه متساويه من العمل.

أما إذا كان عمل الأسبوعي يساوي عمل الأسبوعيني كان الاعتبار بالعمل لا بالزمان.

{أو حفرا بئراً أو اغترفا ماءً أو اقتلعا شجراً} أو صادا صيداً، أو أخذا معدناً، أو ما أشبه ذلك.

{وإما ظاهريه قهريه} يريد بذلك أنه لا شركه في الواقع، وإنما يشتركان في الظاهر، لعدم تميز حصه أحدهما من الآخر، مع أنه في الواقع تتميز إحدى الحصتين عن الأخرى.

كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبى، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطه بحنطه، أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس.

{كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما} كمزج الهواء مثلاً {ولو بفعل أجنبى، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطه بحنطه} فإن أفراد الحنطه فى الواقع كل واحده خاصه بصاحبها، وإنما العرف لا يقدر على التميز.

{أو جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز، أو الخل بالدبس} فإن كل ذره ذره من مال أحدهما تبقى مستقله، لكن حيث لا يمكن تميزها عن ذرات مال الآخر تكون الشركه فى الظاهر.

لكن فى تعليقه السيد الجمال، وتبعه غيره: الظاهر أن يكون الامتزاج الموجب لعدم تميز المالين، اختيارياً كان أو قهرياً، موجباً لخروج كل منهما فى نفس الأمر عن صلاحيه الاختصاص بمالكه، وكون الشركه حينئذ واقعيه لا ظاهريه.

أقول: وجه الظهور المذكور ما تقدم من أن الشركه أمر عرفى أمضاها الشارع، والعرف يرى الشركه حقيقه لا ظاهراً، وهذا أقرب، وإن سكت عليه أمثال السيدين ابن العم والبروجردى دلاله على موافقتهما للماتن.

ومما تقدم يظهر أن قول الشرائع: وقد يكون (سبب الشركه) حيازه والأشبه فى الحيازه اختصاص كل واحد بما حازه، وعلله الجواهر بأصاله عدم دخوله

وإما ظاهريه اختياريه، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه، فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله

فى ملك الغير حتى مع النيه، لعدم ثبوت قبول مثله النيابه، فضلاً عما إذا لم ينو، كأنه لا وجه له، انتهى.

فيه نظر، لأن المفروض أنهما معاً حازا فكيف يختص كل واحد بما حازه، هذا بالإضافه إلى ظهور النظر فى قول الجواهر من عدم ثبوت النيابه مع أن الأصل فيما ليس دليل على عدم ثبوت النيابه ثبوتها بعد رؤيه العرف ثبوتها، وعدم ردع الشرع لها، وقد ذكرنا فى (الفقه: الاقتصاد) وغيره ثبوت النيابه فى الحيازه كأغلب المعاملات والعبادات، وهذا هو الظاهر من المشهور.

ولذا قال فى المسالك: ينبغى أن يستثنى من قول المصنف ما لو كان عمل كل بنيه الوكاله لصاحبه فى تملك نصف ما يجوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراک، لأن ذلک ما يقبل النيابه.

{وإما ظاهريه اختياريه، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه، فإن مال كل منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله}، وفيه: إن الأمور الواقعيه لا يتدخل فيها القصد، فإذا سوّد الورق اسوَدّ، سواء قصد اسوداده أم لا، والشركه كما تقدم أمر عرفى فلا مدخليه للقصد وعدمه فيها وجوداً ولا عدماً، فإذا مزجا ماليهما صار مشتركاً، وإن لم يقصدا الشركه، كما إذا لم يمزجا لم تحصل الشركه وإن قصداها.

ثم إن السيد الجمال قال: والظاهر أن يكون خلط الدرهم ونحوه بمثله موجباً

ص:٢٠

وأما الاختلاط مع التميز

للشركه ولا يكون من مجرد الاشتباه مع بقاء كل من الممتزجين من الاختصاص النفس الأمرى بمالكه.

أقول: وعلى هـذا إذا أودعه آحـدهما درهمين والآخر درهماً، يكون الثلثان للأول والثلث للثانى، فإذا ضاع أحـد الثلاثه فقـد فقد الأول ثلثى الـدرهم فله درهم وثلث، وفقـد الثـانى ثلث الـدرهم فله ثلثـا الـدرهم، لكنه خلاف إطلاق الروايه، حيث جعل للأول درهماً ونصـفاً، وللثانى نصف درهم، باعتبار أن الثانى يعترف بأن أحد الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين فيبقى درهم يحتمل أنه له أو لصديقه، فقاعده العدل تقسمه بينهما نصفين.

فاللازم أحـد شـيئين ــ بناءً على كون مقتضـى القاعده درهماً وثلث وثلثى درهم ــ إما تقييد إطلاق الروايه بما إذا لم يكن خلط بين الدراهم بأن جعل درهماً فى مكان، ودرهمين فى مكان، ثم وجد فى كل مكان درهماً، لا يعلم مع أيهما كان الدرهم الثانى، إذ حينئـذ لم يكن خلط حتى يكون اشتراك، ويقتضـى الاشتراك الـدرهم والثلث وثلثى الـدرهم، ووجه التقييد أن الروايه حيث كانت على خلاف القاعده، كان لا بد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن، وهى صوره عدم الخلط.

وإما إخراج مورد الروايه حتى صوره الخلط، عن القاعده.

أما القول كما ذكره المصنف بعدم الشركه فقد عرفت أنه خلاف العرف، والشارع لم يردع عنه.

{وإما الاختلاط مع التميز} كخلط الحنطه بالشعير، وإن صعب التفريق

ص:٢١

فلا يوجب الشركه ولو ظاهراً، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهرى أو القرعه

أو السكر بالتراب {فلا يوجب الشركه ولو ظاهراً} إذ لا دليل عقلاً أو شرعاً على الشركه فى مثل المقام، ولو شك فالأصل عدمها، وحتى لو فرض الاشتباه كما إذا لم يعلم لأيهما كانت الحنطه ولأيهما كان الشعير.

{إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهرى أو القرعه} وقد تقدم دليل الصلح القهرى أو قاعده العدل.

ولا يخفى أنه على أى من الثلاثه يلاحظ النسبه فى الماليه، فإذا كانت قيمه الشعير نصف قيمه الحنطه مع تساوى وزنهما، كان الصلح بإعطاء الثلث لمن له الشعير.

وكذا إذا أجرينا قاعده العدل، وإذا أقرعنا جعلنا فى مكان ثلثا وأقرعنا أنه لأيهما، فإذا خرجت لصاحب الشعير فهو، وإذا خرجت لصاحب الحنطه قسمنا البقيه نصفين، وأعطينا كل واحد نصفاً، ولا حاجه إلى قرعه جديده.

ويؤيد ما ذكرناه من أن المزج يوجب الشركه حقيقةً لا ظاهراً كما قاله المصنف، إن الشرائع قال: وكل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركه اختياراً كان المزج أو اتفاقاً.

وقال فى الجواهر فى شرحه مقصوداً به الشركه أولا، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

أقول: ويؤيده ما فى دعائم الإسلام، بناءً على أن التتمه من الخبر، لا من

وإما واقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبه أو نحوها،

كلام المؤلف، وإلا كان مؤيداً من جهه فهم القاضى كما ذكرناه، وهو دليل عرفى لما ذكرناه أيضاً.

فقد روى عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أجاز الشركه فى الرقاع والأرضين، وأشرك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) علياً (عليه السلام) فى هديه، وإذا أراد رجلان أن يشتركا فى الأموال فأخرج كل واحد منهما مالاً مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم، ثم خلطا ذلك حتى يصير مالاً واحداً لا يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من أنواع التجارات، فما كان فى ذلك من فضل كان بينهما، وما كان من وضيعه كان عليهما بالسواء، فهذه شركه صحيحه لا اختلاف علمناه فيها، وليس لأحدهما أن يبيع ويشترى إلا مع صاحبه، إلاّ أن يجعل له ذلك»((١))، انتهى عباره الدعائم.

وهل قوله: (وإذا) من تتمه الروايه، أو فتوى القاضى، احتمالان.

{وإما واقعيه مستنده إلى عقد غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبه ونحوها} كالمضاربه والمزارعه والمساقاه حيث تعددت العامل، فإنهما شريكان، والشركه حصلت بالعقود المذكوره، كما

١- المستدرک: ج٢ ص ٥٠٠ الباب ۶ من أبواب الشركه ح١. الدعائم: ج٢ ص١٥ باب الشركه

وإما واقعیه منشأه بتشریک أحدهما الآخر فی ماله، کما إذا اشتری شیئاً فطلب منه شخص أن یشرکه فیه، ویسمی عندهم بالتشریک، وهو صحیح لجمله من الأخبار

ذکرناه فی کتاب المضاربه.

{وإما واقعیه منشأه بتشریک أحدهما الآخر فی ماله، کما إذا اشتری شیئاً فطلب منه شخص أن یشرکه فیه} وبذلک یصبح شریکاً له.

{ویسمی عندهم بالتشریک، وهو صحیح لجمله من الأخبار}:

مثل ما رواه رفاعه فی الصحیح، قال: سألت أبا الحسن موسی (علیه السلام) عن رجل شارک رجلًا فی جاریه له وقال: إن ربحنا فلک نصف الربح، وإن کان وضیعه فلیس علیک شیء، فقال: «لا أری بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجاریه»((1)).

وفی صحیح الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی الرجل یأتی الرجل فیقول: أنقد عنی فی سلعه فتموت أو یصیبها شیء، قال: «له الربح، وعلیه الوضیعه»((2)).

وعن أبی بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سألته عن الرجل یشارکه الرجل فی السلعه، یولی علیها، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعلیه»((3)).

وعن وهیب بن حفص، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن الرجل

1- الوسائل: ج13 ص175 الباب1 من أبواب الشرکه ح8
2- الوسائل: ج13 ص175 الباب1 من أبواب الشرکه ح7
3- ا لوسائل: ج13 ص175 الباب1 من أبواب الشرکه ح6

وإما واقعیه منشأه بتشریک کل منهما الآخر فی ماله، ویسمی هذا بالشرکه العقدیه، ومعدود من العقود

یشارک الرجل علی السلعه ویولیه علیها، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعلیه»((۱)).

إلی غیرها.

{وإما واقعیه منشأه بتشریک کل منهما الآخر فی ماله، ویسمی هذا بالشرکه العقدیه، ومعدود من العقود} حیث یعقدان علی أن یکون نصف أو ثلث أو ما أشبه من ماله لشریکه، فی قبال نصف أو ثلث أو ما أشبه من مال شریکه له، سواء مع اتحاد النسبه کالنصف فی قبال النصف، أو مع الاختلاف کالنصف فی قبال الثلث، وذلک لإطلاق أدله العقود بعد کون مثل هذه الشرکه أمراً عقلائیاً.

قال فی الشرائع: ولو أرادا الشرکه فیما لا مثل له، باع کل واحد منهما مما فی یده بحصته مما فی ید الآخر، وشرحه الجواهر قائلًا: أو وهب کل منهما کذلک أو باعها بثمن اشتری به الأخری به منه أو غیر ذلک، انتهی.

والظاهر أنه یحصل بلفظ التشریک وما أفاد مفاده، إذ لا لفظ خاص فی المقام، کما لا خصوصیه لإجراء العقد أو الهبه، والظاهر أن الجواهر ذکرهما من باب المثال.

نعم، لا یبعد اشتراط عدم الغرر لإطلاق نهی النبی (صلی الله علیه وآله) عن الغرر((۲))، فإذا لم یکن غرر

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۵ الباب۱ من أبواب الشرکهح ۵
۲- الوسائل: ج۱۲ ص ۲۳۰ الباب۴۰ من أبواب التجاره ح۳

ثم إن الشركه قد تكون فى عين، وقد تكون فى منفعه، وقد تكون فى حق وبحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه، وإما بنحو الكلى فى المعين

عرفى لم يحتج إلى العلم بما عند كل منهما، بل ولا ـ علم المالك بما عنده، فإذا كان لهما دكانان يعلم فى الجمله قيمه كل البضائع الموجوده فيهما جاز التشريك المذكور.

وإن لم يعلم ذات كل جنس جنس وقيمته، وقدر كل جنس جنس، كأن لم يعلم هل فيهما الحناء أو السكر أو الشاى، وهل قدر كل جنس حقه أو أكثر، وهل قيمه كل جنس دينار أو أقل، وإنما يعلم فى الجمله أن دكان زيد يسوى مائه ودكان عمرو يسوى خمسين، فيجعل ربع دكان الأول فى قبال نصف دكان الثانى، فيشترك الثانى مع الأول فى الربع، والأول مع الثانى فى النصف.

{ثم إن الشركه قد تكون فى عين، وقد تكون فى منفعه، وقد تكون فى حق} كما تقدم {وبحسب الكيفيه إما بنحو الإشاعه} كالنصف والثلث، {وإما بنحو الكلى فى المعين}، فحقه فى ضمن عشر حقق لهذا، والتسع الأخر فى ضمن المجموع لذاك.

وإشكال بعضهم فى الكلى فى المعين غير ظاهر الوجه، إذ غايه ما يقال: إنها غير مألوفه، وفيه: بعد تسليم ذلک لا يستلزم إطلاق أدله الشركه المألوفيه، فالعرفيه بعد عدم تقييد الشارع يكفى فى الصحه.

ص:۲۶

وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً فى التصرف، كما فى شركه الفقراء فى الزكاه، والساده فى الخمس، والموقوف عليهم فى الأوقات العامه ونحوها.

{وقد تكون} الشركه {على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً فى التصرف، كما فى شركه الفقراء فى الزكاه، والساده فى الخمس، والموقوف عليهم فى الأوقاف العامه ونحوها} كالذريه ونحوهم فى الوقف الخاص.

ولا يخفى أن مراد المصنف هو ما ذكره الجواهر، قال: لا ريب فى ملك الفقراء للزكاه والساده الخمس والمسلمين للأرض المفتوحه عنوه، إلّا أنه ملك جنس لا تعدد فيه، كى يصدق معه اجتماع حقوق الملاك والأفراد من حيث لا ملك لأحد منها، كما أن الأشياء المباحه من معدن ونحوه هى بين الناس على حد سواء، بمعنى أن لكل واحد حيازتها، والسابق منهم أحق من غيره، ومع تعدد السابق يقرع، وكذا المسجد والوقف العام، انتهى.

أقول: إنما سمى الزكاه والخمس شركه، لما ورد من أن الله شرّك بين الأغنياء والفقراء فى روايات متعدده تقدمت فى كتاب الزكاه، وفى القرآن الحكيم:(وَاعْلَمُوا إنما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فأنّ لِلَّهِ خُمُسَهُ)((۱)) الآيه، ومراد المصنف أن كل واحد إذا حصل حقه استقل فى التصرف، فليس كل جزء جزء لكل شخص شخص، فإذا أخذ الفقير ديناراً من صاحب المال لا يحتاج إلى رضايه سائر الشركاء.

ص:۲۷

۱- سوره الأنفال: الآيه ۴۱

وكذا بالنسبه إلى غرف المدرسه، ومقدار الحصه من الوقف العام والخاص، ومراد الجواهر من كل واحد حيازتها، أي بقدر حقه كما ذكرناه في كتاب (الفقه: الاقتصاد) وأحقيه السابق للدليل الخاص، كما ذكرناه هناك من قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد»((١)).

أما القرعه، فلعل الأقرب القسمه لأنها قاعده العدل، وقد ذكرنا في بعض المباحث أن القاعده مقدمه على القرعه، لأنها ترفع الإشكال الذي هو موضوع القرعه.

١- الوسائل: ج١٢ ص٣٠٠ الباب ١٧ من أبواب آداب التجاره ح٢٠١

مسأله ۱ الشركه فى العين والدين

(مسأله ۱): لا تصح الشركه العقديه إلّا فى الأموال بل الأعيان، فلا تصح فى الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح

(مسأله ۱): {لا تصـح الشـركه العقـديه إلّا فى الأموال} أما صـحتها فى الأموال فلا إشـكال فيها ولا خلاف، بل الإجماعات عليه بشرط ما ذكره بقوله: {بل الأعيان}.

قـال الشـرائع: وإنمـا تصـح بالأـموال، وقـال فى الجواهر: بلاـ خلاـف فيه، بل الإجماع بقسـيمه أيضاً على الصـحه فيها، كما ادعى الإجماع غيره، ويشملها إطلاق الكتاب والسنه ودليل العقل.

أمـا مـا ذكره بقوله: {فلاـ تصـح فى الـديون، فلو كـان لكـل منهما دين على شـخص فأوقعا العقـد على كون كل منهما بينهما لم يصـح}، فقـد اسـتدل له ببعض مـا ذكر من مسـتند المنع فى غيرهـا، مثل اسـتلزام اشتراك منفعه دين أحـدهما بينهما مع أن عقد الشـركه فى التجـاره غير مؤثر فى تمليـك مال من أحـد إلى غيره، وليس بمعاوضه مال بمال لا عيناً ولا منفعه، ومثل أصاله عـدم الانعقاد، ومثل عدم إطلاق للشركه يشمل الدين، لأن المنصرف العين، ومثل أن العين القدر المتيقن من الأدله.

وفى الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول، بالإضافه إلى أن الدين لا منفعه له، أنه لا بأس بذلك بعد العقد، فإن إطلاق (أوفوا بالعقود) يشمله([۱]).

ص:۲۹

۱- سوره المائده: الآيه ۱

وكذا لا تصح فى المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلاً

وعلى الثاني: إن الأصل لا محل له بعد أنه عرفى، فيشمله إطلاق الأدله.

وعلى الثالث: إنه لا وجه لعدم الإطلاق، والانصراف لو كان فهو بدوى، وبه يعرف وجه النظر فى التمسک بالقدر المتيقن، ولذا فالذين ذكروا هذا الشرط هم قله.

نعم ذكره المصنف، وقرره غالب المعلقين عليه بالسكوت.

وعليه فلا فرق فى صحه الشركه بين كونها فى الدين، أو فى العين، أو فيهما معاً.

ومن الكلام فى الدين يظهر الكلام فى قوله: {وكذا لا تصح فى المنافع، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعه كل منهما بينهما بالنصف مثلاً} فإنه لا دليل على المنع عن ذلك، إلاّ توهم أنه أكل للمال بالباطل((1))، فإن الرابح منهما بأى وجه يعطى نصف ربحه للآخر مع أن الآخرلم يعمل فى قبال ذلك عملاً مع أن الربح فى قبال العمل.

وفيه: إن الباطل إما شرعاً ولا دليل على أنها باطل، وإما عرفاً والعرف لا يرى ذلك باطلاً، بل يشمله (أوفوا بالعقود) وهو نوع من الأخوه والمواسات والمساوات.

أما أنه لم يعمل فلا حق له، ففيه:

أولاً: إن العقد عمل، ولذا إذا اشترى بمائه وباعه بمائه وعشره، لا يقال إن العشره الزائده ليست حقه لأنه لم يعمل.

١- إشاره إلى قوله تعالى فى سوره البقره: الآيه ١٨٨

ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر، أو صالح نصف منفعه داره بدينار مثلًا، وصالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار

وثانیاً: إذا أراد الطرف الآخر كان من حقه ذلك، فـ(أَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إلاّ مَا سَعَى)(١) يشمل سعى المورّث والمضيف والواقف والمهدى ونحوهم، فإن لهؤلاء أن يجعلوا سعيهم تحت اختيار غيرهم، وقد فصلنا الكلام حول ذلك فى (فقه الاقتصاد) فراجع، فإن المال فى قبال خمسه أشياء: العمل الجسدى، والفكرى، والمواد، وشروط الزمان والمكان، والعلاقات الاجتماعيه.

ويؤيد الصحه ما ذكره بقوله: {ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر} وإن لم تكن المنفعه فعليه الآن، إذ لا حاجه إلى الفعليه فى الصلح، لإطلاق أدلته الشامله للشأنيه أيضاً.

{أو صالح نصف منفعه داره بدينار مثلًا، وصالحه الآخر نصف منفعه داره بذلك الدينار} وإنما قلنا إنه مؤيد لظهور أنه عقلائى، وإذا كان عقلائياً شمله دليل الشركه، وليس معنى ما ذكرناه التلازم بين صحه الصلح للتوسعه فيه، ولا يصح غيره، وقد ذكرناه فى أول الكتاب السر فى جعل الشارع والعقلاء معامله صحيحه ومعامله غير صحيحه مع أن النتيجه واحده.

١- سوره النجم: الآيه ٣٩

وکذا لا تصح شرکه الأعمال، وتسمی شرکه الأبدان أیضاً، وهی أن یوقعا العقد علی أن یکون أجره عمل کل منهما مشترکاً بینهما

{وکذا لا تصح شرکه الأعمال، وتسمی شرکه الأبدان أیضاً، وهی أن یوقعا العقد علی أن یکون أجره عمل کل منهما مشترکاً بینهما}، قال فی الجواهر: بلا خلاف معتد به أجد فیه بیننا، بل الإجماع بقسمیه علیه، والمحکی منهما مستفیض أو متواتر، انتهی.

ثم حکی عن أبی علی جوازها، کما حکی عن مجمع البرهان والکفایه والمفاتیح من أنه لا یظهر دلیل علی عدم الجواز سوی الإجماع، فإن کان والا فلا مانع.

أقول: لولا ـ الإجماعات المذکوره والتی لا تضرها ما ذکر، ولا خلو المهذب وفقه الراوندی، لکان القول بالجواز متعیناً، إلاّ أن الإجماعات تمنع من القول بالجواز.

قال فی الجواهر: وما یحکی من شرکه سعد بن أبی وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن یاسر فیما یغنمونه، فأتی سعد بأسیرین ولم یأتیا بشیء، فأقرهم النبی (صلی الله علیه وآله وسلم) وشرکهم جمیعاً ((1))، غیر ثابت مع إمکان

۱- الجواهر: ج۲۶ ص۲۹۶

سواء اتفق عملهما كالخياطه مثلًا، أو كان على أحدهما الخياطه والآخر النساجه، وسواء كان ذلك فى عمل معين أو فى كل ما يعمل كل منهما

أن يكون ذلك يوم بدر الذى غنائمه _ على ما صرح فى التذكره _ للنبى (صلى الله عليه وآله وسلم)، فيمكن أن يكون ذلك منه هبه لهم، بل يمكن غير ذلك أيضاً، انتهى.

أقول: لعل إقرار النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) كان من باب رضاهم حتى بعد الأسر، والخبر مذكور فى سنن البيهقى كما نقل، ولم أفحص حتى أرى هل يوجد فى كتبنا الفقهيه أم لا.

وكيف كان، ففى المسالك: (وأما العامه فمنهم من وافقنا على بطلانها، ومنهم من أجازها مطلقاً ومنهم من أجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، ومنهم من أجازها فى غير اكتساب المباح)، انتهى.

ولذا قال المصنف تبعاً لغيره: {سواء اتفق عملهما كالخياطه مثلًا، أو كان على أحدهما الخياطه والآخر النساجه} وكذلك سواء تساويا فى زمان العمل وكميته أم لا.

{وسواء كان ذلك فى عمل معين} كخياطه هذا ونساجه هذا {أو فى كل ما يعمل كل منهما} بناءً أو نجاره أو صنعه أخرى، كل ذلك لإطلاق معاقد الإجماعات.

أما الاستدلال بأنه أكل للمال بالباطل، وأنه غرر، وأنه خلاف (أن ليس للإنسان إلّا ما سعى)، إلى غير ذلك، فقد عرفت الجواب عنها.

ص:٣٣

ولو أرادا الاشتراك فى ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينه أو منافعه إلى مده كذا بنصف منفعه أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض

{ولو أرادا الاشتراك فى ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينه أو منافعه إلى مده كذا بنصف منفعه} أو نسبه أخرى {أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض} كالدينار فى المثال السابق.

ولو كان بعد العمل صحت الهبه أيضاً، أما الهبه قبل العمل فهل تصح لأن كلًا منهما يملك عمله الآن قبل العمل، ولذا يصح إيجار نفسه، ويصح للمرأه هبه قسمها للشريكه، أو هبه نفقتها الآتيه للزوج، أو لا تصح، لأن أدله الهبه منصرفه إلى ما كان خارجياً، ولو شك فالأصل العدم، احتمالان.

وإن كان الأقرب الأول، لأنه عقلائى ولم يثبت ردع الشرع عنه، فيهب أحدهما للآخر هبه مطلقه، ويهبه الآخر كذلك، أو يجعلان الهبه مشروطه حتى لا تكون قابله للفسخ.

ثم إنه لو جعلا هذه النتيجه شرطاً فى ضمن عقد لازم لزم أيضاً، لإطلاق دليل الشرط.

نعم لو جعلاه شرطاً فى ضمن عقد جائز لم يلزم، لما ذكرناه فى كتاب المضاربه، من أن الشرط فى ضمن العقد الجائز جائز أيضاً، على ما هو مسلك المشهور، وتقتضيه القاعده أيضاً.

ولا- تصح أيضاً شركه الوجوه، وهی أن يشترک اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركه على أن يبتاع كل منهما فی ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما، فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما

{ولا تصح أيضاً شركه الوجوه} وقد فسرت بتفاسير أشهرها ما ذكره بقوله: {وهی أن يشترک اثنان وجيهان لا مال لهما}، أو لهما مال لكن لا يجعلان المال طرفاً للأخذ والعطاء، {بعقد الشركه على أن يبتاع كل منهما فی ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه} والبيع من باب المثال وإلا فالإجاره ونحوها أيضاً كذلک.

{ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما}، قال فی الجواهر: وقيل (فی تفسير الشركه بالوجوه): أن يبتاع وجيه فی الذمه ويفوض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما، وقيل: أن يشترک وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال فی يده لا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما، وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزياده ربح ليكون بعض الربح له، انتهى.

قال فی مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (وشركه الوجوه) باطله عندنا، كما فی التنقيح وإيضاح النافع والمسالک والروضه، وإجماعاً كما فی السرائر والمختلف وشرح الإرشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح أيضاً، وجامع المقاصد.

ثم نقل عن المفاتيح القول ببطلانه عن الخلاف والمبسوط والوسيله،

وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح، وكّل كل منهما الآخر فى الشراء فاشترى لهما وفى ذمتهما

وسائر ما تأخر عنها إلى الرياض، ونقل أن أبا على قال بالصحه، وأن جماعه لم يتعرضوا له.

أقول: والعمده فى المسأله الإجماع، لا ما استدل به بعضهم من الأصل، والأكل بالباطل([1])، والضرر([2])، وأنه خلاف(لَيْسَ لِلْإنسان إلاّ ما سَعى)([3])، والغرر([4])، وذلك لما عرفت من الإشكال فى هذه الأدله، ولا يخفى أن الإجماع وإن كان محتمل الاستناد إلى هذه الأدله، ومثله ليس بحجه كما قرر فى محله، إلاّ أن قوه اتفاقهم بحيث لم يعرف مخالف إلاّ واحد، بل قال الرياض كما حكى عنه: إن هذه الثلاثه باطله بإجماعنا، كما فى الغنيه والانتصار والمختلف والتذكره، إلى آخر كلامه، يوجب اتباعهم، فإن مثل ذلك من أقوى الإجماعات، ولو لم يكن حجه فى مثل هذه المسأله لم يكن مورد لحجيته كما لا يخفى.

{وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح، وكّل كل منهما الآخر فى الشراء فاشترى لهما وفى ذمتهما} أو أوقعا ذلك على نحو الصلح أو الهبه أو ما أشبه، كما تقدم فى غير مثل هذه الشركه.

ص:۳۶

۱- سوره البقره: الآیه ۱۸۸

۲- الكافي: ج۵ ص۲۹۲ ح۸

۳- سوره النجم: الآیه ۴

۴- الوسائل: ج۱۲ ص۲۳ الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره ح۳

وشـركه المفاوضه أيضاً باطله، وهى أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجاره أو زراعه أو كسب آخر أو إرث أو وصيه أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامه ترد على أحدهما تكون عليهما

{وشـركه المفـاوضه أيضـاً بـاطله، وهى أن يشترك اثنـان أو أزيـد} ولاـ يخفى أن الأزيـد أيضـاً يأتى فى كل الأقسام المتقـدمه صحيحها وباطلها، فـذكره هنا دون السابق لا يخرج عن كونه ضـعفاً فى العباره {على أن يكون كل ما يحصل لأحـدهما من ربح تجـاره أو زراعه أو كسب آخر} كالحيازه والتحجير وغيرهما {أو إرث أو وصـيه أو نحو ذلك} كالنفقه وبـدل القسم فى المرأه التى تأخذ من ضرتها بدلاً لإعطائها قسمها، إلى غير ذلك {مشتركاً بينهما} بنسبه خاصه من نصف أو غيره.

{وكـذا كل غرامه ترد على أحـدهما تكون عليهما}، قال فى الجواهر مازجاً مع الشـرائع: ولا شـركه عندنا فى المفاوضه التى هى اشتراك شخصين فيما يغتنمان به من ربح وإرث ولقطه ودكان وغير ذلك، ويغرمان من أرش جنايه وضمان غصب وقيمه متلف وغير ذلك مطلقاً، لعدم الدليل عليه عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، انتهى.

وقـال فى مفتـاح الكرامه عنـد قول العلامـه: (شـركه المفـاوضه بـاطله إجماعـاً): كمـا فى السـرائر والإيضاح وشـرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا، كما فى التذكره والروضه وإيضاح النافع و

فانحصرت الشركه العقديه الصحيحه بالشركه فى الأعيان المملوكه فعلاً وتسمى بشركه العنان.

فى المبسوط أنه الذى يقتضيه مذهبنا، وفى المسالک أنها باطله إلاّ عند أبى حنيفه إلى آخر كلامه (رحمه الله).

والإجماع المذكور هو العمده لا بعض الوجوه الآخر التى تقدمت كالغرر والضرر ونحوهما.

{فانحصرت الشركه العقديه الصحيحه بالشركه فى الأعيان المملوكه فعلاً} لا ديناً، ولا التى تملک فى المستقبل، وقد عرفت الإشكال فى الدين، وأما الذى يملک فى المستقبل فلأنه ليس بمملوک فيكون من باب السالبه بانتفاء الموضوع، لكن فيه: إنه إذا كان عقلائياً لم يكن وجه للمنع عنه، فيكون حاله حال الدين.

{وتسمى بشركه العنان} من عنان الدابه أو من (عنّ) إذا ظهر أو من (المعاونه) بمعنى المعاوضه، كما فى الجواهر.

فالأول: كأن كل واحد منهما أخذ عنان الآخر، فلا يتركه يسدر كيف يشاء.

والثاني: كأن كل واحد ظهر ما عنده من مال وعمل، بينما المنفرد فى عمله لا يظهر للناس ذلک منه.

والثالث: كأن كل واحد أعطى بعض ماله وبعض عمله للآخر فى قبال أخذهما من الآخر.

ثم إنه كان على المصنف أن يذكر صوره صحه المفاوضه بالشرط فى ضمن العقد ونحوه، كما ذكر وجه صحه غير المفاوضه.

ص:۳۸

مسأله ۲ لو استأجر اثنين لعمل واحد

(مسأله ۲): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجره معلومه صح، وكانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما

(مسأله ۲): {لو استأجر} إنسان {اثنين لعمل واحد} سواء صنعه كالخياطه والنجاره، أو عملاً جسدياً كإفراغ البئر من التراب، أو فكرياً جسدياً كوضع الخريطه لبناء الدار، أو كلامياً كالتكلم مع زيد لرجوعه إلى زوجته بعد عزم طلاقها مثلًا، {بأجره معلومه صح} الاستيجار المذكور، لإطلاق أدله الإجاره مما يشمل الصور الأربع: وحده المؤجر أو المستأجر وتعددهما.

وكذا يصح الأمر بالنسبه إلى الجعاله، مع فرق كون الإجاره عقد والجعاله إيقاع كما قالوا، إلى غيره من الفوارق بينهما.

{وكانت الأجره مقسمه عليهما بنسبه عملهما} إذا أطلقت الإجاره، وذلك لأن النسبه هى المنصرفه عن الإطلاق، فهى كما إذا صرحت النسبه لفظاً، فإن العقود تتبع القصود.

ومنه يعلم صحه عدم نسبه عملهما إذا لم يكن اضطرار ونحوه مما يبطل الإجاره، لأنه خلاف الرضى، كأن يجعل لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين مع كون عملهما على حد سواء.

ثم إن العمل الواحد قد يكون متشابه الأجزاء كبناء دار من بنّاءين، وقد يكون غير متشابه الأجزاء مثل أن يستأجرهما لبناء الدار حيث أحدهما يعمل عمله الفكرى بوضع الخريطه والآخر عمله الجسدى بالبناء، وذلك لإطلاق الدليل.

ولا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع، ولا يكون من شركه الأعمال التى تكون باطله، بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلًا منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بإزاء أجرتهما

كما تقدم {ولا يضر الجهل بمقدار حصه كل منهما حين العقد، لكفايه معلوميه المجموع} مما يخرجه عن الغرر، وقد ذكرنا غير مره أن الغرر عرفى لا شرعى، والعرف لا يرى الغرر فى مثل ذلك، كما فى بيع أجناس متعدده بقيمه واحده فى صفقه واحده مع الجهل بأن لكل جنس منها كم يقع من الثمن، ومن جعل الغرر الشرعى أوسع من الغرر العرفى، كما ألمع إليه الشيخ (رحمه الله) فى المكاسب، غير ظاهر وجه كلامه، بعد أن الموضوعات العرفيه تؤخذ من العرف إلّا إذا قام الدليل الشرعى على التصرف، وليس المقام من المستثنى.

{ولا ـ يكون من شركه الأعمال} شركه الأبدان المتقدمه فى المسأله السابقه {التى تكون باطله، بل من شركه الأموال} لأنهما يعمل كل منهما عملًا فى قبال أجره، وحيث يعطيهما الأجره الواحده وهما مشتركان فيها، يقسمانها بينهما.

{فهو كما لو استأجر} المستأجر {كلًا منهما} بانفراده {لعمل} خاص به {وأعطاهما} بعد العمل {شيئاً واحداً} كدينار {بإزاء أجرتهما} أى أعطاهما الدينار مثلًا أجره لهما، فإنه يقسم بينهما حسب حق كل واحد، فكما أن هذا ليس من شركه الأعمال كذلك الذى عنوناه فى المسأله.

ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما، فإن احتمل التساوى حمل عليه، لأصاله عدم زياده عمل أحدهما على الآخر، وإن علم زياده أحدهما على الآخر

{ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما} هل هما على التساوى أو الاختلاف، أو علم بالاختلاف بأن عمل أحدهما ضعف عمل الآخر لكن لم يعلم هل عامل الضعف زيد أو عمرو، سواء كان الاشتباه ظناً أو شكاً، لأن الظن لا يثبت شيئاً.

{فإن احتمل التساوى حمل عليه}، وذلك {لأصاله عدم زياده عمل أحدهما على الأخر} وكذلك فى كل مورد هذا الشك، مثل أن كان عنده مال وديعه أو أجره لنفرين، أو وقفاً لإنسانين أو خيرين كالمسجد أو ما أشبه، ولم يعلم بتساوى حقهما أو اختلافه، فإن قاعده العدل أيضاً تقتضى ذلك، وهى مقدمه على الأصل، بل ربما يقال: إن أصل عدم الزياده معارضه بأصل عدم التساوى، إلاّ أن يقال: إن مراده الأصل العقلائى الجارى فى المقام، لا الأصل العلمى.

وحيث قد رأى غير واحد من المعلقين عدم صحه الأصل لمعارضته كما عرفت، جعلوا الحكم شيئاً آخر، فقال ابن العم: والأحوط التصالح فى هذه الصوره، وفى صوره العلم بزياده أحدهما على الآخر إن أمكن وإلا فالقرعه، وكذلك جعل السيد البروجردى وغيره الأحوط التصالح.

{وإن علم زياده أحدهما على الآخر}، فإن علم أن زيداً مثلاً أزيد ولم يعلم مقداره أخذ بالقدر المتيقن، فإنه مثل ما لو علم أن زيداً يطلبه، لكنه لا يعلم هل

فیحتمل القرعه فی المقدار الزائد ویحتمل الصلح القهری.

یطلبه دیناراً أو دینارین.

وإن لم یعلم أن أیهما أزیـد، مع العلم بالمقدار الزائد کدینار مثلًا أو بدونه، {فیحتمل القرعه} لأنها لکل أمر مشـکل((۱))، {فی المقدار الزائد} المقطوع به لا المشکوک فیه، لما تقدم من أنه مجری الأصل، {ویحتمل الصلح القهری} لما تقدم من وجهه.

ص:۴۲

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۸۹ الباب ۳ ح۱۱

مسأله ۳ لو اشتركا فى حيازه مباح

(مسأله ۳): لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً بآنيه واحده، أو نصبا معاً شبكه للصيد، أو أحييا أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعه الآخر اشتركا فيه بالتساوى

(مسأله ۳): {لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً بآنيه واحده، أو نصبا معاً شبكةً للصيد، أو أحييا أرضاً معاً} أو أجريا معاً نهراً، أو حفرا بئراً فاجتمع فيها الماء، أو أخرجا معاً معدناً ولؤلؤاً بالغوص من البحر، إلى غير ذلك من الأمثله.

{فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعه الآخر، اشتركا فيه بالتساوى} ولا يضر جهاله كل منهما قدر نصف منفعته، وقدر نصف منفعه الآخر، إذ مثل هذه الجهاله لا تسبب الغرر عرفاً، وقد تقدم أن الغرر عرفى، وهو الذى حكم عليه الشارع بالنفى الذى معناه النهى حكماً والبطلان وضعاً.

وعليه لا ـ فرق بين أن يكون التمليك بالصلح، أو الهبه المعوضه، أو البيع، أو الشرط فى ضمن عقد، كما يصح أن يملك كل واحد نصف ماله للآخر بدون المقابله، فيكون هبتان اشتركا فيه التساوى.

أما إذا لم يكن التقابل بالتصنيف، بل قال: وهبت لك ثلث مالى فى قبال نصف مالك، لم ينفع ذلك فى العلم بقدر مال كل واحد منهما، مثلاً ـ لو كان لأحدهما دينار، وللآخر ديناران فى الواقع، كان لواهب الثلث دينار وثلثان، وللآخر دينار وثلث، ولو كان لكل منهما دينار ونصف كان للأول ديناران، وللآخر دينار، إلى غير ذلك، فحيث يجهل نصيب كل واحد لم يعرف بمصالحه غير النصف ما آل إليه التعويض.

وإلا فلكل منهما بنسبه عمله

{وإلاّـ فلكل منهما بنسبه عمله}، قال فی الشرائع: لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً دفعه تحققت الشركه. وقال فی المسالک: ولکن یکون لکل واحد من المحاز بنسبه عمله، ویختلف ذلک بالقوه والضعف، ولو اشتبه مقدار کل واحد فطریق التخلص بالصلح أو تملیک کل واحد ما بقی له عند الآخر، بناءً علی جواز هبه المجهول، انتهی.

وإنما کان لکل بنسبه عمله لأنه إنتاجه، فالفائده تعود إلیه عقلاً وشرعاً، أما قیمه أصل الشجره ونحوها فقد أباحها الله سبحانه لمن سبق إلیها.

ومنه یعلم الإشکال فیما ذکره الجواهر، قال: أو یحکم بالنصف، لأصاله عدم زیاده أحدهما علی الآخر، بل قد یحتمل کونه کذلک مع اختلافهما فی القوه والضعف، لصدق اتحاد فعلهما فی السببیه واندراجهما فی قوله: «من حاز ملک»، ولعدم الدلیل علی اقتصار ذلک التفاوت فی المحاز، وإن کان هو منافیاً للاعتبار العقلی الذی لا یرجع إلی دلیل معتبر شرعاً، انتهی.

إذ یرد علیه أولاً: إن الأصل المذکور إن کان شرعیاً فقد عرفت معارضته بأصاله عدم التساوی، وإن کان عقلائیاً کما تقدم فلا مجال له مع رؤیه العقلاء أن لکل یقدر حقه، وقد أیده الشارع بقوله: (وأن لیس للإنسان ما سعی).

وثانیاً: إن دلیل مالکیه الإنسان لما حازه یجب أن ینضم إلی القاعده الشرعیه والعقلیه المقتضیه لأن لکل بقدر حقه، سواء ورد فی الشرع «من حاز ملک»، کما هو ظاهر الجواهر وغیره أم لا، فإنا لم نجد هذه العباره فی ما فحصناه من الکتب، أو ورد ما هو بمعناه، وقیاس المقام بباب الدیات والقصاص، حیث حقق هناک

ولو بحسب القوه والضعف، ولو اشتبه الحال فكالمسأله السابقه، وربما يحتمل التساوى مطلقا لصدق اتحاد فعلهما

أن العبره بعدد الجناه لا الجنايات لا وجه له، إذ ثبت هناك بدليل خاص مما هو مفقود فى المقام.

وثالثاً: قوله (لا ـ يرجع إلى دليل معتبر شرعاً) غير ظاهر، إذ الدليل «لا يتوى» و«إلا ما سعى» و«حقوق المسلمين لا تبطل» و«من سبق»، حيث إن العرف يرى أن أحدهما سبق إلى الثلث والآـخر إلى الثلثين، فلو ربط أحدهما دابتين والآـخر دابه حتى حملت الشجره إلى البلد، أو كان لأحدهما ثلثا الدلو وللآخر ثلثه حتى متحا الماء، أو نشر أحدهما ثلثى الشجره حجماً والآخر الثلث، أو كان لأحدهما قوه سحب ثلثى السمكه من الماء وللآخر قوه سحب ثلثها، لا يشك العرف فى أن للأكثر عملاً ضعف الأقل، سواء كان ذلك وليد تفاوت القوه والضعف، أو وليد تفاوت العمل.

ومنه يظهر ضعف تعليق جمله من المعلقين منهم السيد البروجردى بالاحتياط بالتصالح عند قول الماتن (بنسبه عمله).

{ولو بحسب القوه والضعف} ومنه يعلم سائر أشباه ذلك، كما إذا كان المحاز يسوى فى الغابه عشره، وبعد عشره فراسخ عشرين، وبعد عشرين فرسخاً ثلاثين، فسحبه أحدهما إلى خمسه فرسخ والآخر إلى رأس عشرين، فإن نصيب الأول خمسه فقط لأنه حقه، أما الزائد فللثانى، لأنه حسب رؤيه العرف ترقى بالتفاوت بين خمسه وثلاثين بحسب عمل الثانى.

{ولو اشتبه الحال} الاشتباهات السابقه {فكالمسأله السابقه} فى الحكم {وربما يحتمل التساوى مطلقاً} كما تقدم عن الجواهر {لصدق اتحاد فعلهما

ص:۴۵

فی السببیه واندراجهما فی قوله: «من حاز ملک»، وهو کما ترى.

فی السببیه واندراجهما فی قوله} أی إطلاق: {«من حاز ملک»} حیث یدل على تساوی ملکهما {وهو کما ترى}.

ولذا سکت على الماتن غالب المعلقین، کالسیدین ابن العم والجمال وغیرهما.

ص:۴۶

مسأله ۴ شرائط الشركه العقويه

(مسأله ۴): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم، فى الشركه العقديه مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار

(مسأله ۴): {يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم، فى الشركه العقديه} التى يوجب العقد الشركه لا الامتزاج والإرث ونحوهما.

وإنما جعله ظاهر كلماتهم مع أن العلامه وغيره صرحوا بالإجماع بعدم صحه الشركه إلّا بالمزج، لاحتماله إرادتهم الشركه غير العقديه، فتأمل.

{مضافاً إلى الإيجاب والقبول} ولو بالمعاطاه لإطلاق أدلتها.

ثم حيث إن الشركه من قسم الإضافه المتكافأه الأطراف فنسبه هذا إلى ذاك كالعكس، فاعتبار الإيجاب والقبول، إنما هو باعتبار السابق واللاحق فى الإنشاء، وإلا فلا تقدم وتأخر فى الحقيقه بينهما، ولذا يصح أن يقول كل واحد منهما فى عرض الآخر (اشتركنا)، وبذا تتحقق الشركه لأنه إذا تحققت الشركه العقلائيه تحققت الشركه الشرعيه، فإن إطلاق الأدله يشملها.

{والبلوغ} لأنه لا يجوز أمر الغلام، وقد ذكرنا بعض الكلام فى ذلك فى كتاب المضاربه، وناقشنا فى عدم صحه عمل غير البالغ إذا كان مميزاً فطناً.

{والعقل} بلا إشكال ولا خلاف، إلّا فى الأدوارى حيث يصح منه فى حال العقل.

{والاختيار} حيث لا تصح من المكرَه، أما المضطر فتصح منه لأنه يعلمه باختياره، وإن كان اضطراره دفعه إلى الاختيار، وقد ذكرنا فى كتاب الاقتصاد من الفقه تفصيلاً فى المضطر.

وعـدم الحجر لفلس أو سـفه، امتزاج المالين سابقاً على العقـد أو لاحقاً، بحيث لا يتميز أحـدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعه اتحادهما فی الجنس والوصف

{وعدم الحجر لفلس أو سفه} وقد تقدم دليل ذلك فی المضاربه، فلا حاجه إلی تكراره.

{امتزاج المـالين سابقاً علی العقـد أو لاحقاً}، وعلله فی الجواهر وغيره بأن المزج رافع للامتياز الـذی يسـبب الشـركه، فلو تخلف تحقق الامتياز المنافی للشركه.

وقـال فی موضع آخر: وبـدون المزج الأصـل بقـاء كل علی ملك مالكه، الـذی يقتضـی فی الخروج عنها علی المتيقن الـذی هو المزج فی المثليات دون غيرها.

ثم إن كان المزج سابقاً فقد حصلت الشركه، وفائده العقد حينئذ جواز التصرف.

{بحيث لاـ يتميز أحـدهما من الآـخر، من النقود كانـا أو من العروض} مقابل النقود كالثياب والأخشاب والحيوانات وأمثالها مما ليس ذهباً ولا فضه.

{بـل اشترط جمـاعه اتحادهما فی الجنس والوصف} كالحنطه بالحنطه، والحنطه البيضاء بالحنطه البيضاء، فلا تصـح الشـركه فی مزج العسل بالخل، والعسل الأحمر بالعسل الأبيض، وهو المحكی عن المبسوط والوسيله و

والأظهر عدم اعتباره، بل يكفى الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر، بل لا يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير، وذلك للعمومات العامه كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، وقوله (عليه السلام):

السرائر والشرائع والتذكره والمسالك وغيرهم، بل عن الكفايه الإجماع عليه.

{والأظهر عدم اعتباره} لإطلاق الأدله بعد رؤيه العرف تحقق الشركه فى مختلف الجنس والوصف، فلا مجال للأصل.

{بل يكفى الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج} السكر بالخل أو العسل بالماء، و {دقيق الحنطه بدقيق الشعير ونحوه} غيره من سائر أقسام المزج.

{أو امتزج نوع من الحنطه بنوع آخر} بحيث لم يكن امتياز، إذ مع الامتياز لا يحصل المزج الذى اعتبروه.

{بل لا يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير} وبالأرز وغيره، وإن بقيا متمايزين، إذ ليس الدليل على لزوم عدم الامتياز إلّا الإجماع المدعى، وهو محتمل الاستناد إن لم يكن مقطوعه.

{وذلك للعمومات العامه، كقوله تعالى:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((١)) وقوله (عليه السلام):

١- سوره المائده: الآيه ١

«المؤمنون عنـد شـروطهم»، وغيرهمـا، بـل لو لاـ ظهور الإجمـاع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملاً بالعمومات، ودعوى عدم كفايتها لإثبات ذلک کما تری،

«المؤمنون عند شروطهم»}(1)، إذا قلنا بأن الشـرط شامل للعقـد، أو جعلت الشـركه كذلك فى ضـمن شـرط عقد {وغيرهما} مثل: (تجاره عن تراض)، بل وكونه شركه عند العقلاء فيشمله ما دل على إمضاء الشارع للشركه العقلائيه بدون تقييد.

{بل لولا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً} وأنه يمكن الشركه فى مالين وإن لم يمتزجا، وإنما كان الممكن المنع {عملاً بالعمومات} المذكوره، فيكون لهذا دراهم ولذاک دنانير فيقولان: نحن شـركاء فيهما، بذلك يكون لهما، وهذا هو الظـاهر من جمله من المعلقين منهم السـيدان ابن العم والجمال، حيث لم يعلقوا على المتن، وإن قال السـيد البروجردى عنـد قول الماتن (لا يبعد): بل هى بعيده، وعند قوله (الأحوط): لا يترک، ومنه يظهر أن له عنده نوع تردد أيضاً.

{ودعوى عـدم كفايتهـا} أى العمومـات {لإثبات ذلک} لأنها لا عموميه لها من هـذه الجهه، نعم هـذا ظاهر من الشـيخ والعلامه والمحقق والشهيد الثانيين فى بعض عباراتهم {كما ترى} إذ لا مانع من الشركه بالنحو المذكور عند العقلاء، و

۱- المستدرک: ج۳ ص۳۰ من أبواب نوادر الشهادات ح۴

لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصه مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك، فى غير صوره الامتزاج الذى هو المتيقن.

هذا ويكفى فى الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركه من قول أو فعل.

لا دليل من الشارع فى منعها، فلا وجه للالتزام به.

{لكن الأحوط مع ذلك} الذى قلنا بصحتها شركه عقديه {أن يبيع كل منهما حصته مما هو له بحصه مما للآخر، أو يهبها كل منهما للآخر، أو نحو ذلك} بأن يجعلا ذلك شرطاً فى ضمن عقد {فى غير صوره الامتزاج الذى هو المتيقن، هذا} ما يظهر من الأدله.

{و} كيف كان، فـ {يكفى فى الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركه من قول أو فعل}، قال فى القواعد: ويكفى قولهما اشتركنا، وهذا يؤيد ما سبق من عدم لزوم الإيجاب والقبول، وأن صح الإيجاب من أيهما والقبول من الآخر أيضاً.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: بأن يقول كل منهما اشتركنا، قال: وقد قربه فى التذكره، وقواه فى جامع المقاصد، وقد يظهر من التحرير.

أقول: ويكفى أن يقول أحدهما: اشتركنا، فيقول الآخر: نعم، أو قبلت، واحتمله مفتاح الكرامه خلافاً لجامع المقاصد حيث أشكل فى قبلت، ولا وجه ظاهر له.

مسأله ۵ الربح والخسران بالنسبه

(مسأله ۵): يتساوى الشريكان فى الربح والخسران مع تساوى المالين، ومع زياده فبنسبه الزياده ربحاً وخسراناً

(مسأله ۵): {يتساوى الشريكان فى الربح والخسران مع تساوى المالين} فيما إذا عملا كلاهما بقدر متساو، كما لو اتخذ عاملاً عمل لهما، وذلك لأن الربح نتيجه المال والعمل كما تقدم، وفصلناه فى كتاب الاقتصاد والمضاربه، فلا وجه لزياده أحدهما على الآخر، وكذلك الخساره تذهب منهما إذ لا أولويه بعد كون ذلك مقتضى العقد المبنى على الطريقه العقلائيه وهى التى أمضاها الشارع، حيث لم يزد ولم ينقص، بل صرحت بذلك جمله من الروايات:

مثل ما رواه هشام بن سالم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يشارك فى السلعه، قال: «إن ربح فله، وإن وضع فعليه»((۱)).

وفى روايه محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، فنفقت الدابه، قال: «ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما»((۲)).

ونحوها روايه الحلبى((۳)).

وفى روايه الأبزارى، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «إن كان ربح فهو بينهما، وإن كان نقصان فعليهما»((۴)).

إلى غيرها من الروايات.

{ومع زياده} من أحدهما {فـ} لصاحب الزياده {بنسبه الزياده ربحاً وخسراناً} فإذا كان لأحدهما الثلث كان له ثلث الربح والخسران، بينما للآخر الثلثان منهما

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۴ الباب ۱ من أبواب الشركه ح۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۴ الباب ۱ من أبواب أحكام الشركه ح۲
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۴ الباب ۱ من أبواب أحكام الشركه ح۲
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۴ الباب ۱ من أبواب أحكام الشركه ح۳

سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير، هذا مع الإطلاق، ولو شرطا فى العقد زياده لأحدهما فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم فى صحته

وذلك لما عرفت من أنه مقتضى العقل والشرع.

ومما تقدم تعرف وجه النظر فى قوله: {سواء كان العمل من أحدهما أو منهما، مع التساوى فيه} فى العمل إذا كان منهما {أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير} وذلك لأن العمل له مدخليه فى الربح فلا وجه لعدم اعتباره فى الربح، فإذا كان العمل من أحدهما كان له بقدر ماله وعمله، وللآخر بقدر ماله، وإذا كان منهما مع الاختلاف كان لكل بقدر حصته عند العقلاء، فإذا كانا فى المال متساويين وعمل أحدهما ضعف الآخر، وفرض أن الربح ينصف نصفه للمال ونصفه للعمل كان نصف الربح بينهما سواء، ونصفه الآخر لصاحب ضعف العمل ثلثاه، وللآخر ثلثه، فكان من الاثنى عشر لصاحب الضعف سبعه وللآخر خمسه، وهكذا.

{هذا} سواء فى ما ذكره المصنف أو ما ذكرناه {مع الإطلاق} لأنه الأسلوب العقلائى الذى بنى عليه العقد حيث إنه يتبع القصد.

{ولو شرطا فى العقد زياده لأحدهما، فإن كان} قدر الزياده المشروطه {للعامل منهما} فى قبال العاطل {أو لمن عمله أزيد، فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم} وقد صرح بعدم الخلاف فيه جماعه منهم الجواهر {فى صحته} وذلك

أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد، ففى صحه الشرط والعقد، وبطلانهما، وصحه العقد وبطلان الشرط فيكون كصوره الإطلاق، أقوال، أقواها الأول

لإطلاق كون المؤمنين عند شروطهم(1)، وليس الشرط مخالفاً للكتاب والسنه، ولا لمقتضى العقد، وتوهم أنه مناف للروايات (بينهما) كما تقدم بعضها، مردود بأن المنصرف من الروايات صوره الإطلاق.

{أما لو شرط لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففى صحه الشرط والعقد} حكاه مفتاح الكرامه وغيره عن الانتصار والتذكره والتحرير والمختلف والتبصره، كما حكاه العلامه عن والده، وحكى عن مجمع البرهان والكفايه واختاره الجواهر.

{وبطلانهما} كما فى الشرائع، وعن الخلاف والمبسوط والسرائر وشرح الإرشاد للفخر واللمعه والمفاتيح واختاره جامع المقاصد.

{وصحه العقد وبطلان الشرط} كما عن ظاهر الكافى والغنيه والنافع وجامع الشرائع وأبى الصلاح وغيرهم.

{فيكون كصوره الإطلاق} حيث لا شرط، والتفصيل الذى ذكره القواعد قائلًا: ولو شرطا التفاوت مع تساوى المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما، سواء شرطت الزياده له أو للآخر، وقيل تبطل إلّا أن يشترط الزياده للعامل، انتهى.

{أقوال} أربعه {أقواها الأول} كما اختاره غالب المعلقين، منهم السيدان

١- الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور

وكذا لو شرطا كون الخساره على أحدهما أزيد، وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى،

ابن العم والجمال، خلافاً لآخرين ومنهم السيد البروجردى قال: محل تأمل وإشكال.

{وكذا} الأقوى صحه العقد والشرط {لو شرطا كون الخساره على أحدهما أزيد} من الآخر وإن تساوى المالان، أو كان من خسارته أقل حسب الشرط أقل مالاً، هذا أيضاً مختار غالب المعلقين، منهم السيدان المذكوران، وإن خالف السيد البروجردى فقال: الأقوى فيه البطلان.

{وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»}، وهذا الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنه.

{ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد} لأن مقتضاها كون نسبه الربح والخساره بنسبه المال والعمل ـ عندنا ـ أو بنسبه المال، عندهم حيث انهم يرون الربح وليد المال فقط {كما ترى} إذ ذلك مقتضى إطلاق العقد لا مقتضى ذات العقد.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لقول المستمسك: إن مقتضى الشركه الاشتراك فى الربح على حسب الشركه فى الأصل، لكن هذا الاقتضاء ليس على نحو العليه بل على نحو الاقتضاء، وهذا المقدار كاف فى بطلان الشرط على خلافه، لكونه حينئذ مخالفاً للكتاب المراد أنه مخالف للحكم الاقتضائى، هذا بالنسبه إلى النماء الخارجى، وأما بالنسبه إلى النماء الاعتبارى أعنى الربح فالإشكال فيه أظهر، انتهى.

نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه، والقول بأن جعل الزياده لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون فى مقابلتها ليس تجاره بل هو أكل بالباطل، كما ترى باطل

إذ الإطلاق والاقتضاء شيء واحد، ومن الواضح أن كل شرط _ إذا لم يكن تكراراً لمقتضى العقد _ مخالف لإطلاق العقد، فإذا كان الاقتضاء معياراً لم يبق مكان للشرط، ثم أى فرق بين الخارجي والاعتبارى، وعلى القائل أن يأتى بدليل الفرق.

{نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه} والمخالف لمقتضى الإطلاق لا إشكال فيه {والقول} الذى ذكره جامع المقاصد وجهاً للبطلان، لا من جهه أن الشرط مخالف للعقد {بأن جعل الزياده لأحدهما من غير أن يكون له عمل} زائد {يكون فى مقابلتها ليس تجاره} إذ الشركه ليست من التجاره فى شيء إذ هى مقابله مال بمال، نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجاره حينئذ، لأن العمل مال فهو فى معنى القراض.

{بل هو أكل بالباطل} ولذا بطل الشرط والعقد، فيشمله (وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ)([1]).

{كما ترى باطل} إذ أكل مال الغير بإذنه أو تمليكه بالشرط أو بدون الشرط

ص:۵۶

۱- سوره البقره: الآيه ۱۸۸

ليس من الأكل بالباطل، هذا بالإضافه إلى أنه لو سلم بطلان الشرط لم يكن وجه لبطلان العقد، إذ قد حقق فى محله أن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

إن قلت: لا رضى بالعقد إلاّ بالشرط، فإن فسد الشرط لم يكون رضى، وبذلك يكون العقد بدون رضى وهو فاسد.

قلت: إن كان الشرط مصب العقد أو قيداً كان الأمر كذلك، ولكن إذا كان من باب تعدد المطلوب لم يكن وجه للبطلان، والغالب فى الشرط ذلك، وقد ذكرنا بعض تفصيل الكلام فى القيد والشرط والمصب فى كتاب المضاربه، ولذا كان المشهور بين المتأخرين عدم سرايه بطلان الشرط إلى العقد.

نعم لا يكون لمن فات شرطه الخيار، كما تحقق فى بحث الخيارات.

ومما تقدم يظهر الجواب عن جعل بعض المعلقين الشرط مخالفاً للسنه، لأن تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعى مخالف لها، والشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع، انتهى.

فإن الشارع أمضى المعاملات والشروط العقلائيه، إذا لم يصرح بخلافها، وحيث لا تصريح فى المقام والأمر عقلائى لم يكن وجه للبطلان، فتملك شخص ربح مال غيره بجعل ذلك الغير ذلك برضاه فى ضمن العقد لا يكون مخالفاً للسنه، وحيث كان الحكم مشروعاً لم يكن الشرط مشرعاً حتى يقال: الشرط لا يكون مشرعاً لحكم غير مشروع.

كما ظهر مما تقدم وجه النظر فى تعليق من يقول بأن الشرط مخالف لمقتضى العقد، لأنه يرجع إلى تفكيك لوازم الشركه عنها،

ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم لأنه فى عقد جائز مدفوعه،

أولاً: بأنه مشترك الورود، إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به فى صوره العمل أو زيادته.

وثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد، فيسقط وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض فى

إذ فيه: إن تلك اللوازم عند العقلاء من لوازم الإطلاق لا ـ من لوازم الذات، حتى لا يمكن الانفكاك، والشرط يرفع مقتضى الإطلاق، كما فى كل شرط.

{ودعوى} أن العقد والشرط وإن كانا صحيحين إلاّ {أن العمل بالشرط غير لازم، لأنه فى عقد جائز} وقد تقدم أن الشرط إنما يلزم إذا كان فى عققد لازم لا فى عقد جائز، كما هو المشهور، وتقدم تفصيله فى كتاب المضاربه.

{مدفوعه أولاً: بأنه مشترك الورود} على كل شرط كان فى ضمن الشركه، سواء الشرط الذى هو محل الكلام من جعل الزياده لأحدهما من غير أن يكون له عمل فى مقابلتها مثلاً، أو الشرط الذى يسلمه الطرف، مما بيّنه بقوله: {إذ لازمه} لازم الإشكال: (دعوى) {عدم وجوب الوفاء به فى صوره العمل} لمن جُعلت الزياده له {أو زيادته} أى جُعلت الزياده لمن له عمل زائد، وقد تقدم أنه لا خلاف فى صحه الشرط فى هذين الحالين.

{وثانياً: بأن غايه الأمر جواز فسخ العقد} فإن جواز العقد يعطى للطرفين جواز فسخه {فـ} إذا فسخ {سقط وجوب الوفاء بالشرط} لأنه إذا ذهب العقد ذهب الشرط.

{والمفروض} من محل كلامنا {فى} شرط الزياده لمن لا عمل له هو

صوره عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به وليس معنى

{صوره عدم الفسخ} فيكون الشرط نافذاً ما دام لم يفسخ، {فما لم يفسخ يجب الوفاء به}.

أقول: قوله (غـايه الأمر) ليس تسـليماً لكلام (ودعوى)، إذ المـدعى ادعى أن الشـرط فى العقـد الجائز جائز، بل قوله (غايه الأمر) مبنى على ما اختاره من أن الشرط لازم ولو كان فى ضمن عقد جائز، فالحاصل فى جواب (ودعوى):

أولاَ: إن الإشكال مشترك الورود.

وثانيـاً: لاـ نسـلم أن الشـرط فى العقـد الجائز غير لازم الوفاء، بل هو لازم ما دام العقـد باقياً، نعم للمشـروط عليه أن يفسـخ العقد فيسقط الشرط.

أما ما ذكره السيد الجمال من أن تضمن العقود الإذنيه للشروط يوجب تقيد الإذن بها، وتكون لازمه من ذلك، فيرد عليه: إنه إن أراد جواز العقـد فالشـرط غير لازم، إذ بعـد العقد لا حاجه إلى إذن الطرف، فإن العقد غايه حقق الإذن الذى لا ينتفى إلّا بإبطال العقد، وإن أراد لزوم العقد غايه الأمر أنه يكون لكل منهما مطالبه القسمه الموجبه لانتفاء موضوعها ـ كما بينه معلق آخر ـ فهو رجوع إلى كلام المصنف بقوله (ثانياً) وليس شيئاً جديداً.

{و} إن قلت: إنكم إذا سـلمتم حق الفسخ للشارط تمت (دعوى أن العمل بالشـرط غير لازم) كما ادعاه المدعى، ولم يكن لكم جواب عليه.

قلت: كلا، إنا نسلم حق الفسخ للشارط ولا تتم الدعوى، إذ {ليس معنى

الفسخ حل العقد من الأول بل من حينه

الفسخ حل العقد من الأول} حتى يكون العقد كأن لم يكن ولا يكون حينئذ أثر للشرط، كما ادعاه (ودعوى)، حيث إن (ودعوى) أراد إثبات أنه لا فائده لهذا الشرط، وإنما لا تتم الدعوى لأنه لو فرض أنه وقع الفسخ بعد العقد لا يكون ذلك الفسخ موجباً لبطلان الشرط من أصله.

{بل من حينه} أى حين وقوع الفسخ، وحينئذ يترتب أثر الشرط بين العقد وبين الفسخ، مع أن (ودعوى) أراد أن يقول: لا أثر للشرط أصلاً.

ومما تقدم يظهر الإشكال فى كلام المستمسک حيث قال: المعاوضه على مال الغير تقتضى دخول العوض فى ملک مالک المعوض عنه، فالربح يجب أن يدخل فى ملک مالک المال، فلا يصح اشتراط خلاف ذلک، لأنه إن صح الشرط بطلت المعاوضه، وإن صحت المعاوضه بطل الشرط، انتهى.

إذ فيه: إن عقد الشريک المشروط له الزياده ولا عمل له أو ليس عمله أزيد، هو نوع عمل تكون الزياده فى قبال عمله هذا، فالربح الذى كان اللازم أن يدخل فى ملک مالک المال أولاً وبالذات، دخل برضاه فى ملک الذى لم يعمل، وإنما دخل لأنه عقد، وهذا عمل عقلائى فى كثير من الأحيان، فإذا كان لكليهما مائه وكان الاشتراک يوجب حفظ مال من شرط له الأقل _ لأن من شرط له الأزيد إذا كان شريكاً خاف الحاكمَ الجائر من مصادره المال مثلا _ أقدم العقلاء على إعطاء الشريک ثلاثه أرباع الربح عوض أن يكون له نصفه، والربع الزائد إنما كان له لأن الشريک القوى أوجب حفظ المال، ومثله له حق، إلى غير ذلک من أسباب إقدام العقلاء على أعطاء أحدهما أزيد.

فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين، هذا ولو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه خلاف مقتضاه

ومنه يعلم أن قول المستمسک: المراد من الشرط فی المقام ليس ما يكون إنشاءً فی ضمن إنشاء ، بل القيد المأخوذ فی المعامله، غير ظاهر الوجه، فإن ظاهر كلامهم إثباتاً ونفياً هو الإنشاء فی ضمن الإنشاء.

كما أن قوله: إن وجه البطلان أنها معامله على خلاف مقتضی المعامله الواقعه على أصل المال فلا يمكن تصحيحهما معاً، لم يعرف وجهه، وذلک لما ذكرناه فی جواب قوله السابق (إن صح الشرط بطلت المعاوضه) إلخ.

وكذلک قوله أخيراً: إن المعيار فی الصحه والفساد كون اشتراط الزياده لأحدهما بعد دخولها فی ملک الشريک وقبله، فعلى الأول تصح، وعلى الثانی تبطل، محل منع، إذ ليس المعيار ذلک، بل المعيار الشرط الموجب لدخوله فی ملک المشروط له ابتداءً، إلى غير ذلک من موارد النظر فی كلامه، فراجعه.

وكيف كان {فـ} إذا شرط الشرط المذكور {يجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلک الحين} أی حين وقوع الفسخ.

{هذا ولو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه} أی الشرط {خلاف مقتضاه} إذ الشركه تقتضی التشريک فی الربح والخساره متساوياً أو متفاوتاً، فعدم التشريک خلاف مقتضی العقد، وهذا هو الذی سكت عليه غالب المعلقين منهم السيدان البروجردی والجمال مما يستفاد منه بقوله.

لكن يرد عليه أن الشرط الفاسد لا يوجب بطلان العقد كما قرر فی محله، فغايه الأمر بطلان الشرط، إلاّ أن يكون الشرط على نحو المصب أو القيد، كما ذكرناه فی كتاب المضاربه تفصيلاً، وهنا إجمالاً.

ص:٦١

نعم لو شرطا كون تمام الخساره على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً.

وفى تعليقه ابن العم: الظاهر الصحه، ولم يعلم هل أراد العقد فقط، أو مع الشرط.

ومقتضى القاعده صحتهما، إذ مثل هذا الشرط عقلائى، والشركه لها أحكام منها الاشتراك فى الربح والخساره، وليس الاشتراك فى الربح إلاّ الأهم من الأحكام لا المقوم، فهو مثل الجماع فى النكاح إذا شرطت أو هو عدمه لم يبطل العقد، فإذا قيل للعرف: إن زيداً اشترك مع عمرو بشرط أن يكون كل الربح لزيد لم ير التنافى بين الأمرين، والمخالف للمقتضى ما يرى فى العرف التنافى.

ومن ذلك تعرف وجه النظر فى كلام المستمسك حيث قال: لم يتضح وجه الفرق بين تمام الربح وبعضه، فى كون شرط الأول مخالفاً لمقتضى العقد دون الثانى.

وقد عرفت أنه ليس هناك عقد وشرط، بل ليس إلاّ عقد فقط، غايته أنه مقيد بقيد ينافى صحه المعامله الموجبه للربح، انتهى.

إذ فيه أولاً: الفرق واضح على مبناهم، إذ بعض الربح ليس مثل كل الربح عرفاً، لو سلم الإشكال فى كل الربح.

وثانياً: لما ذا لا يكون عقد وشرط، وهل هذا العقد والشرط منفرد بين سائر العقود والشروط.

{نعم لو شرطا كون تمام الخساره على أحدهما، فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً} إنا وإن نوافق المصنف فى عدم منافاه هذا الشرط لمقتضى العقد

لكنك قد عرفت عدم منافاه شرط تمام الربح أيضاً.

ومنه يعلم وجه سكوت ابن العم على الماتن كآخرين، خلافاً للسيدين البروجردى والجمال، حيث قال الأول: الظاهر بطلانه، وأشكل الثانى فى الصحه.

أما قول المستمسک: إن مقتضى المعاملات الواقعه على المال رجوع النقص على المالك عملاً بالعوضيه، كرجوع الزياده إليه عملاً بالعوضيه، فرجوع الخسران إلى غير المالك خلاف مقتضى المعاوضه الذى لا يمكن أن يختلف.

ففيه: إن ذلک خلاف إطلاق المعاوضه لا خلاف ذاتها، كما تقدم مثله فى الربح، فلا حاجه إلى جعل اشتراط لزوم تدارك الخساره من أحدهما جعل الشرط السابق إعطاء الرابح ربحه لمن شرط له كل الربح.

ص:۶۳

مسأله ۶ لو كان الشرط تجاره خاصه

(مسأله ۶): إذا اشترطا فی ضـمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع اسـتقلال كل منهما أو مع انضمامهما، فهو المتبع ولا يجوز التعدى، وإن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلاّ بإذن الآخر، ومع الإذن بعد العقد

(مسأله ۶): {إذا اشترطا فى ضـمن العقـد كون العمل من أحـدهما} فقط {أو منهما مع اسـتقلال كل منهما} بحيث يعمل وحـده {أو مع انضـمامها} فكلاهما يعملان، لا أن يعمل كل واحـد على انفراده، {فهو المتبع} لأنه مقتضـى «المؤمنون عند شـروطهم»، {ولا يجوز التعدى}.

ولم يـذكر بقيه الأقسـام لوضوحها، كاشتراط عمل الأجنبى فقط، أو مع أحـدهما أو معهما، وإذا كان الشـرط عملهما فقـد يكون الشرط حق استقلال أحدهما دون الآخر، إلى غير ذلك من الوجوه.

ثم إن الشـرط المذكور إن كان فى العقد كان لازماً فيما إذا كان عقد الشـركه لازماً، أما إذا كان فى عقد الشـركه غير اللازم أو فى التشريك بالمزج ونحوه لم يكن لازماً.

أما الأول: فلما تقدم فى بعض المسائل السابقه.

وأما الثانى: فلأنه لا عقد فيكون الشرط كالابتدائى غير لازم الوفاء به.

{وإن أطلقا} فإن كان انصـراف أراده عمل به، وإلا {لم يجز لواحد منهما التصـرف إلاّ بإذن الآخر} كما هو مقتضى كون المال مشتركاً، إذ لا يحق لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلاّ بإذنه.

{ومع الإذن بعد العقد} لا يلزم على الآذن أن يبقى على إذنه فيحق له أن

أو الاشتراط فيه فإن كان مقيـداً بنوع خاص من التجاره لم يجز التعدى عنه، وكذا مع تعيين كيفيه خاصه، وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصـار على المتعـارف من حيث النوع والكيفيه، ويكون حال المأذون حال العامل فى المضاربه فلا يجوز البيع بالنسـيئه بل ولا الشراء

يرجع عنه إلّا إذا جعل الإذن شرطاً فى ضمن عقد لازم، فإن رجوعه لا ينفع، لأن الشرط يوجب الوضع كما ذكرناه فى بابه.

{أو الاـشتراط فيه فـإن كـان مقيـداً بنوع خـاص من التجـاره} زماناً أو مكاناً أو بضاعهً أو سائر المزايا {لم يجز التعـدى عنه} لما تقدم من أنه تصرف فى ملك الغير بدون الإذن.

{وكذا مع تعيين كيفيه خاصه} مثل النقد والنسيئه وبيع الثمار والصرف وغير ذلك.

{وإن كان مطلقاً} له إنصـراف إلى المتعارف مع إراده ذلك {فاللازم الاقتصار على المتعارف} لأن العقود تتبع القصود، أما إذا كان مطلقاً ولم يكن إنصراف جاز الإطلاق {من حيث النوع والكيفيه} وغير ذلك كالزمان والمكان وغيرهما.

{ويكون حال المأذون} فى المقام {حال العامل فى المضاربه} والمزارعه والمساقاه ونحوها، لأن الكل من باب واحد.

أما قوله: {فلا يجوز البيع بالنسيئه، بل ولا الشراء بها} فقد تقدم فى باب

بها، ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخساره والتلف، ولكن يبقى الإذن بعد التعدى أيضاً، إذ لا ينافى الضمان بقاءه، والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه.

المضاربه أن المتعارف عدم الانصراف عنها، بل المتعارف معامله النسيئه والسلف فى حدود خاصه.

ومنه يظهر الإشكال فى قوله: {ولا يجوز السفر بالمال} كما تقدم الكلام فى ذلك أيضاً فى المضاربه.

{وإن تعدى عما عين له} فيما كان هناك تعيين {أو عن المتعارف} الذى كان منصرفاً وأراداه {ضمن الخساره والتلف} لإطلان أدله الضمان شامل للمقام.

{ولكن يبقى الإذن بعد التعدى أيضاً} إذا لم يكن مقيداً بعدم التخلف، وإلا لم يبق الإذن أيضاً.

هذا ثم إنه ينبغى التفصيل فى مسأله ضمان الخساره والتلف، لأنه إن أجاز الشريک المعامله لم يكن وجه لضمان الخساره، بل يكون حالها حال ما إذا كان الإذن من الأول حيث لا ضمان، وإن لم يجز بطلت المعامله بالنسبه إلى حصه الشريک، وعليه رجع إلى الشريک بعض ماله أو بدله، فعلى أى التقديرين لا رجوع بالخساره إلى العامل، نعم فى مسأله التلف يكون الشريک ضامناً، وما ذكرناه هو ماذكره جمله من المعلقين.

وإنما قلنا ببقاء الإذن {إذ لا ينافى الضمان بقاءه} كما يمكن أن لا يكون ضمان مع سحب الإذن، فإن بينهما عموماً من وجه.

{والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظه المصلحه} الظاهر أنه لا مجال للاحتياط

ص:۶۶

وإن كان لا يبعد كفايه عدم المفسده.

لأن الأمر متوقف على قصد الشريك، حيث العقود تتبع القصود، فإن كان قصده المصلحه لزم اتباعها، وإن كان قصده عدم المفسده كفى ذلك، ولو شك لم يجر أصل الإطلاق، إذ الشك فى إجازه الغير مجرى أصل العدم.

ومنه يعلم الإشكال فى قوله: {وإن كان لا يبعد كفايه عدم المفسده} كما أن تقويه الجواهر كفايه عدم المفسده _ وكانه للأصل _ غير ظاهر الوجه.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: الإذن بالتجاره يقتضى الاختصاص بما فيه الفائده، فلا إطلاق له يشمل رفع المفسده، بل قد ذكرنا فى كتاب المضاربه أن اللازم ملاحظه المتعارف المنصرف إليه الإطلاق المقصود للطرف، وقد يكون فى تقبل الخساره حيث اللازم حفظ العملاء وما أشبه.

ولعل المصنف أراد بالمصلحه الأعم من ذلك، لا ما يتبادر إليه اللفظ من الربح.

ثم إنه إن كان المنصرف المصلحه لزم ملاحظه المصلحه الأهم إذا كانت هناك مصلحتان، إذ الانصراف جار هنا أيضاً، فإذا كان هناك ربحان أحدهما أكثر لزم تطلب ذلك.

ومنه يعرف، إذا كان فسادان أحدهما أقل وكان مأذوناً فى التجاره معه لتحرى الصلاح المستقبلى أو ما أشبه، كما تقدم من مثال حفظ العملاء ولو بالخساره، تحرى أقلهما مفسده.

ص:۶۷

مسأله ۷ العامل أمين

(مسأله ۷): العامل أمين، فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى.

(مسأله ۷): {العامل} سواء كان أحدهما أو كلاهما أو أجنبياً {أمين} بلا إشكال ولا خلاف، ذكر ذلك المحقق والعلامه وشراحهما.

{فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى} لا إشكال ولا خلاف في ذلك أيضاً.

وفي المستمسك: الحكم عندهم من المسلّمات الواضحات.

وهو كذلك لما دل من النصوص على عدم ضمان الأمين وهي كثيره، وقد تقدم الكلام في ذلك في كتاب المضاربه، وستأتي بعض فروع المسأله.

ص:۶۸

مسأله ۸ عقد الشركه جائز

(مسأله ۸): عقد الشركه من العقود الجائزه، فيجوز لكل من الشريكين فسخه

(مسأله ۸): {عقد الشركه من العقود الجائزه}، قال فى القواعد: ويجوز الرجوع فى الإذن، والمطالبه بالقسمه.

قال فى مفتاح الكرامه: كما فى الشرائع والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، وهو معنى ما فى المقنعه والكافى والمبسوط والنافع وجامع الشرائع والتذكره واللمعه والروضه، وقد طفحت عباراتهم أنها عقد جائز لأنها فى المعنى توكيل وتوكل فيصح العزل والرجوع. وحكى عن الغنيه والتذكره الإجماع عليه.

أقول: الشركه إذا كانت قهريه كالإرث، أو اختياريه مثل المزج، فأجاز أحدهما للآخر التصرف فى المال المشترك لم يكن إشكال وخلاف، بل الإجماع القطعى على أنه يتمكن من نقض إذنه وذلك مقتضى تسلط الناس على أموالهم.

أما إذا كانت الشركه عقديه فمقتضى (أوفوا بالعقود) لزومها، إلّا أن الإجماع قام على أن لكل واحد منهما حق الفسخ، وكفى به دليلًا بعد أن لم يخالف أحد، ويمكن أن يؤيده السيره المستمره القطعيه فى فسخ الشركاء الشركه العقديه متى شاؤوا.

اللهم إلّا أن يقال: السيره فيما إذا لم تكن الشركه محدده، أما إذا كانت محدده بسنه مثلًا فالسيره بعكس ذلك، حيث لا يرون حق الفسخ لأحدهما.

{فيجوز لكل من الشريكين فسخه} أى فسخ العقد بخلاف ما إذا سحب

لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركه، إذ هى باقيه ما لم تحصل القسمه

الآذن إذنه فى التصرف فى الشركه الإرثيه والامتزاجيه ونحوهما، فإن ذلك ليس فسخاً، كما هو واضح، إذ ليس هناك عقد، بل حاله حال ما إذا أذن له فى التصرف فى ملكه ثم رجع عن إذنه، فلا يسمى ذلك فسخاً، إلاّ بالمعنى اللغوى.

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر فى قول المصنف: {لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول} حين العقد حتى يكون العقد كأن لم يكن {أو من حينه} وقت الفسخ {بحيث تبطل الشركه}.

وجه النظر: إن الفسخ وإن لم يكن من الأول إلاّـ أنه من حين الفسخ، فإنه إذا عقد الشركه كان حال العقد حال سائر العقود ينفسخ بالفسخ.

اما ما يبقى من الشركه وهو المال الممتزج ــ لفرض أنهما مزجا مالهما قبل العقد أو بعد العقد ــ فهو غير مربوط بالعقد، وإنما العقد الذى هو محل الكلام فقد زال بالفسخ، وزواله من حين الفسخ لا من حين العقد، وإذا انفسخ العقد وبقى ما له يرتبط بالعقد أى المال الممتزج، يرجع كل حق إلى صاحبه ويكون التخلص بالقسمه على نحو ما يتخلص من الإرث المشترك والمال الذى امتزج قهراً، ولا ربط لذلك بالعقد.

ومنه يعلم الإشكال فى قوله: {إذ هى باقيه ما لم تحصل القسمه}، إذ العقد قد ارتفع بالفسخ، قُسّم المال الممتزج أو لم يقسم، فلا معنى لبقاء عقد الشركه.

ص:٧٠

بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن فى التصرف الذى بمنزله عزل الوكيل عن الوكاله، أو بمعنى مطالبه القسمه

ومنه يظهر وجه النظر فى قوله: {بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن فى التصرف الذى بمنزله عزل الوكيل عن الوكاله، أو بمعنى مطالبه القسمه}.

وتصحيح السيد الجمال لكلام المصنف، حيث قال: لما كان موجب الشركه فى المالين هو امتزاجهما دون عقد الشركه، فكل منهما أجنبى عن الآخر، وليس لجواز العقد أثر فيها، ولا لعدم ارتفاعهما بغير القسمه أثر فى لزومه، وحيث إنه لا ينشأ بعقدها سوى الإذن فى التصرف وما يتبعه فلا يؤثر فسخه سوى ارتفاع هذا الإذن دون نفس الشركه، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ كلام المصنف فى الشركه التى هى من العقود الجائزه، كما فى أول المسأله، فاى معنى لقول المطلق (دون عقد الشركه).

ولذا قال فى المستمسك: (إذا كان المراد الشركه التجاريه، فإن كانت من العقود فلا مانع من أن تكون جائزه ويجوز فسخها وإن بقيت الشركه فى المال بحالها)، انتهى.

أما تشبيه المصنف الفسخ بعزل الوكيل أو مطالبه القسمه، فيرد عليه أن عزل الوكيل ليس فسخاً للوكاله، وإن كان ملازماً للفسخ، فهو من قبيل نفى الموضوع، بخلاف الفسخ الذى هو من قبيل نفى المحمول، كما أن طلاق المرأه وعتق العبد وهبه الشريك ماله لشريكه فى الشركه العقديه، ليس فسخاً لنكاحها، وفسخاً لشراء العبد، وفسخاً للشركه، ومطالبه القسمه ليست فسخاً للشركه، لا لما ذكره المستمسك من استدلاله لعدم كونه فسخاً بـ (لذا تصح القسمه فى الموارد التى لا يكون التشريك إنشائياً كالإرث).

وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجز التصرف للآخر، ويبقى الجواز بالنسبه إلى الأول

إذ يرد عليه أنه أى مانع من كون المطالبه لازم أعم، حسب اختلاف الموضوع عقداً أو أرثاً مثلاً، بل لما يراه العرف من أن للفسخ مفهوماً غير مفهوم مطالبه القسمه، والظاهر أن مطالبه الفسخ لا توجب الفسخ، بل يتحقق الفسخ من حينه لا من حين مطالبته.

وكيف كان، فقد تكون شركه غير عقديه ويأذن أحدهما الآخر فى التصرف وقد لا يأذن، وقد تكون شركه عقديه ثم يأذن أحدهما الآخر أو لا يأذن. وإذا أذن فى الشركه العقديه فقد يحسب أحدهما إذنه مع بقاء الشركه، وقد يبطل الشركه مع بقاء إذنه فى التصرف، فبين الإذن والشركه عموم من وجه.

{وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر} فيما أذن كل منهما للآخر، سواء كان الإذن مطلقاً أو مقيداً، وسواء كان الرجوع فى المطلق كلياً أو فى الجمله {فيما لو كان كل منهما مأذوناً} لا يخفى أن هذا القيد توضيحى، {لم يجز التصرف للآخر} لأن العقد إذا كانت شركه عقديه لا توجب التصرف كما تقدم.

{ويبقى الجواز بالنسبه إلى الأول} حيث لم يرجع الآخر عن إذنه له، وكذلك الحال فى الشركه غير العقديه إذا أذنا ثم رجع أحدهما عن إذنه.

نعم إذا كان الإذن من طرف فى قبال إذن الآخر بنحو المعاوضه فى الإذن

وإذا رجع کل منهما عن إذنه لم یجز لواحد منهما، وبمطالبه القسمه یجب القبول علی الآخر

سواء فی عقد الشرکه أو غیر العقد، فإذا سحب أحدهما إذنه سقط إذن الآخر تلقائیاً.

ومنه یظهر أنه لا وجه لتخصیص المستمسک الإذن المتقابل بالشرکه العقدیه.

ومنه یعلم أن الإذن منهما لو کان تابعاً للعقد، کان فسخ العقد رافعاً للإذن من الطرفین، أما إذا کان مستقلاً لم یکن سحب أحدهما الإذن موجباً لسحب الآخر، ولعل التذکره أراد ذلک حیث فرق بین قول أحدهما: فسخت العقد، وبین قوله: عزلتک، لأن وقوع العزل عن أحدهما لا یقتضی العزل من الآخر، کما فی الجواهر، فإشکال المستمسک علی التذکره غیر ظاهر.

{وإذا رجع کل منهما عن إذنه لم یجز لواحد منهما} التصرف، لأن العقد والشرکه غیر العقدیه لا یقتضی جواز التصرف.

{وبمطالبه} أحدهما {القسمه یجب القبول علی الآخر} لأن امتیاز ماله قسم من السلطه فیثبته «الناس مسلطون»، وإن لم یکن تصرفه فی غیر المقسوم أقل من تصرفه فی المقسوم، مثلاً اشتریا بمالهما عبدین وفرا، مما لم یمکن التصرف فی العبدین إلاّ بالعتق ونحوه مما لیس للقسمه وعدمها أی أثر فی الممکن من التصرف، فاحتمال أن وجه وجوب القبول علی الآخر أن الشرکه مانعه عن التصرف وذلک ینافی دلیل السلطنه غیر ظاهر.

وإذا أوقعا الشركه على وجه يكون لأحدهما زياده فى الربح أو نقصان فى الخساره، يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركه.

نعم يبقى الكلام فيما لو كانت القسمه ضرراً على الآخر بدون أن يكون عدم القسمه ضرراً على طالب القسمه، فهل يجب تحمل المطلوب الضرر أم لا، الظاهر العدم، لإطلاق دليل «لا ضرر» الحاكم على دليل السلطنه.

{وإذا أوقعا الشركه على وجه يكون لأحدهما زياده فى الربح} حيث تقدم جواز ذلك {أو نقصان فى الخساره} كما إذا كان الشرط تحمل أحدهما ثلث الخساره والآخر ثلثيه {يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار} ويبقى أصل العقد إذا كان على نحو الشرط، لا ما إذا كان على نحو المصب (الجزء) أو القيد، وقد سبق الفرق بين الثلاثه، وإلا لم يبق العقد، بل كان اللازم عقداً جديداً.

وإذا بطل الشرط فقط كان {بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين} والعملين فى الربح، لما تقدم من أن الربح تابع للمال والعمل {على ما هو مقتضى إطلاق الشركه}، وكذا الحال إذا بطل العقد وعملا كان لكل منهما من الربح حسب ماله وعمله، وليس المقام كالمضاربه، حيث قالوا هناك بأن الأجره للعامل بعد بطلان المضاربه.

ص:٧۴

مسأله ۹ لو ذكر أجلا لم يلزم

(مسأله ۹): لو ذكرا فی عقد الشركه أجلًا لا يلزم، فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه

(مسأله ۹): {لو ذكرا فی عقد الشركه أجلًا لا يلزم} كما ذكره المحقق والعلامه وغالب من ذكر المسأله بعدهما.

{فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه} لأن الشركه من العقود الجائزه فالشرط فيها غير لازم الوفاء، وإذا رجع أحدهما سقط الشرط، لأنه قائم بهما، فإذا فقد أحد الطرفين سقط.

وإشكال المستمسك فيه: بأنه لم يثبت أن الشركه التجاريه من العقود فضلًا عن أن يكون جائزه، ولو سلم فلا مانع من صحه شرط اللزوم وعدم الفسخ إلى أجل فی العقود الجائزه، غير ظاهر، إذ قد تقدم أن الشركه عقد، كما قد تكون بالامتزاج ونحوه، وتقدم فی كتاب المضاربه أن الشرط فی العقد الجائز جائز، نعم يرد على المصنف أنه لم يلتزم بذلک خلافاً للمشهور.

ثم إن احتمال أن يكون جواز عقد الشركه من ذاتها، فالشرط فيها خلاف مقتضاها، أو أن الشرط مخالف للكتاب والسنه، فی غايه البعد، لأن عدم اللزوم مقتضى الإطلاق ولا شیء فی الكتاب والسنه يجعل ذات الشركه لازمه.

ثم إذا رجع أحدهما فقد يكون إبطالاً للعقد، وقد يكون إبطالاً للشرط، فإن كان الأول لم يصح أن يرجع عن رجوعه، لأن العقد إذا بطل لا ينعقد إلّا بعقد جديد، وإن كان إبطالاً للشرط ولم يبطل العقد صح لهما البقاء إلى

إلا أن يكون مشروطاً فى ضمن عقد لازم فيكون لازماً.

الأجل المذكور، وكانت آثار الشركه باقيه إلى ذلك الوقت المضروب أجلًا.

{إلّا أن يكون مشروطاً فى ضمن عقد لازم فيكون لازماً} لأدله الوفاء بالشرط، وحيث تقدم ذلك فى المضاربه لم يكن داع إلى تكرار الكلام فيه.

ومنه يظهر وجه النظر فى إشكال السيدين ابن العم والبروجردى فى لزوم الشرط حينئذ.

ثم إن معنى اللزوم الوضع، كما ذكروا فى باب الشرط، فإذا خالف ورجع لم يؤثر أثره، خلافاً لبعض المعلقين حيث قال: يؤثر أثره.

ومن الواضح أنه لو كان وضعياً بحيث لا يؤثر الرجوع كان ترتيب أثر الرجوع خلاف الشرع، فيكون تكليفاً يتبع الوضع.

هذا مع الغض عما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أنه ليس هناك تكليف ووضع، إنما تكليف صرف، إذ ليس للشارع حكمان، وسوق الكلام فى المقام على رأيه أيضاً واضح.

مسأله ١٠ لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه

(مسأله ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانه أو التفريط فی الحفظ فأنکر، علیه الحلف مع عدم البینه.

(مسأله ١٠): {لو ادعى أحدهما على الآخر الخیانه أو التفریط فی الحفظ} بعد أن کان مجازاً فی العقد أو بعده فی التصرف {فأنکر} فإن کان للمدعی البینه فهو، وإلا {علیه الحلف مع عدم البینه} لأنه أمین، ولیس علیه إلّا الیمین((١))، کما تطابقت بذلک النص والفتوى.

ولو ظهر تعدیه أو تفریطه، إلّا أنهما اختلفا فی الزیاده والنقصیه، کان علیه الحلف فی عدم الزیاده التی یدعیها الشریک الآخر.

ولو اختلفا فی قدر الإذن، کان القول قول المنکر للزیاده، لأصاله العدم.

ولو تجاوز المحدود ضمن بلا إشکال ولا خلاف، کما عن النهایه والمبسوط والکافی والغنیه والوسیله والسرائر والفاضلین والشهیدین وغیرهم، وعن ابن زهره دعوى الإجماع علیه.

ولو تناقضا بأن قال المسافر: أذنت لی فی السفر إلى الشمال، وقال الشریک الآخر: بل إلى الجنوب، لزم على المدعی البینه، لأنه لم یثبت أنه أمین فی هذه الجهه، نعم لو کان أمیناً لم یبعد قبول قوله.

١- المستدرک: ج٣ ص٤٩٩ الباب ٥ من أبواب الصلح

مسأله ۱۱ لو ادعی العامل التلف

(مسأله ۱۱): إذا ادعی العامل التلف قبل قوله مع الیمین لأنه أمین.

(مسأله ۱۱): {إذا ادعی العامل التلف قبل قوله مع الیمین لأنه أمین}، ولیس علی الأمین إلّا الیمین، ولا فرق بین أن یدعی أنه تلف بسبب ظاهر کالحرق، أو غیر ظاهر کالسرقه، کما نص علیه المحقق والعلامه وغیرهما.

نعم لو ادعی أنه کان فی داره واحترق باحتراق الدار مثلًا، وشهدت الشهود أنه لم تحترق داره کان الضمان علیه، لأن شهود النفی بمنزله العلم، ویمین الأمین إنما هو فی صوره عدم العلم والعلمی کما هو واضح، ولذا لا یمین له فی صوره بینه الطرف.

أما إذا ظهر بطلان قوله إنه ظن لو صدق بأنه سرق منه لم یقبل، فهل یقبل قوله الثانی لإطلاق دلیل لیس علیه إلّا الیمین، أو لا، لانصراف الدلیل إلی ما لم یظهر کذبه، احتمالان، لا یبعد الانصراف، وإن کان صدقه فی کلامه الثانی محتملاً واقعاً، إذ الاحتمال لا یوجب رفع الید عن أدله البینه علی المدعی.

وفروع المسأله کثیره، نکلها إلی موضعها.

ص:۷۸

مسأله ۱۲ مبطلات عقد الشركه

(مسأله ۱۲): تبطل الشركه بالموت والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه

(مسأله ۱۲): {تبطل الشركه بالموت}، نقله مفتاح الكرامه عن المقنعه والنهايه والمبسوط والمراسم والكافى والغنيه والنافع وجمله من الكتب الآتيه، وعن الغنيه الإجماع عليه.

واستدلوا له بانتقال المال إلى الوارث فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

أقول: لولا ـ الإجماع الذى لم يظهر من أحد خلافه لكان الإشكال فى الدليل المذكور واضحاً، إذ انتقال المال إلى الوارث لا يلازم الإبطال، ولذا لا تبطل الإجاره بالموت، والفرق بأن الشركه عقد جائز دون الإجاره غير فارق، إذ البطلان فى العقد الجائز يحتاج إلى الدليل، ولو شك فالأصل بقاء الشركه.

{والجنون والإغماء والحجر بالفلس أو السفه}، قال فى مفتاح الكرامه: قد صرح بانفساخها بالموت وبالجنون الشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، وزيد فى التذكره انفساخها بالإغماء والحجر والسفه، وزيد فى التحرير وجامع المقاصد والمسالك على الثلاثه المذكوره انفساخها بالفلس.

أقول: مجرد هذه الفتاوى لا توجب الحكم، وإنما المهم ما استدلوا به لذلك، وهو أن الشركه توكيل والوكاله يجب أن تكون من الأهل، وهؤلاء ليسوا أهلاً.

وأضافوا فى الفلس بأن الأموال تحت سلطان الحاكم الشرعى فلا يجوز التصرف بغير إذنه.

وفى كلا الدليلين نظر، إذ العقد ليس توكيلاً،

بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركه فهى باقيه

والأموال غير الجارى عليها العقد تحت ولايه الحاكم الشرعى، والأصل بقاء العقد لو شك فى بقائه عند عروض هذه الأمور.

وقد أشكل فى المستمسک فى ما عدا الموت والجنون لو لا ظهور الإجماع، وقال: وكما أن الإذن لا تبطل بالنوم لا تبطل عرفاً بالإغماءِ والجنون والسفه، وإذا شك فالاستصحاب كاف فى ترتيب الأحكام.

أقول: والمراد به عرفاً أنه حقيقه عرفيه أمضاها الشارع، بل قد عرفت أنها عقد لا مجرد إذن، فهو مثل عقد الإجاره ونحوها، وقد تقدم إشكالنا على بطلان المضاربه.

ومنه تعلم أن قوله: {بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف، وأما أصل الشركه فهى باقيه} منظور فيه، إذ الشركه العقديه باقيه كما ذكرنا، والإذن باق عرفاً، بالإضافه إلى أنه من توابع العقد كالإذن فى التصرف فى العين المستأجره.

ومنه يعلم أن قول المستمسک تبعاً لغيره بأن حدوث هذه الطوارئ لا يوجب إفراز الحقوق ولا تعيين الحصه المشاعه، فالشركه المحكومه بطلانها بالأمور المذكوره هى الشركه فى الاتجار بالمال والعمل به بمعنى عدم جواز التصرف فيه محل نظر، إذ ليس الكلام فى هذا، بل فى بطلان العقد، وإلا فلا ينبغى احتمال أن بالمذكورات يحدث الإفراز وتعيين الحصه المشاعه.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامه وغيره إن المراد بالانفساخ ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف أيضاً محل نظر.

ص:٨٠

نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله، أو نقصان الخساره كذلك إذا تبين بطلان الشركه فالمعاملات الواقعه قبله محكومه بالصحه

{نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زياده أحدهما فى النماء بالنسبه إلى ماله} بل يرجع حق كل إلى القدر الطبيعى من نسبه الربح إلى المال، ولم نذكر (العمل) لأنه لا عمل عندهم هنا.

{أو نقصان الخساره كذلك} لأنه قد سبق فى بعض المسائل السابقه أن الخساره تابعه للمال، فإذا بطل الشرط رجع أمر الخساره إلى حالتها العاديه، لكن ربما يقال: إنه إذا دخل أحد الشريكين على أن لا يكون عليه خساره فهو مغرور من قبل الشريك الآخر، و«المغرور يرجع إلى من غر»((1))، وإن صار الغار مجنوناً أو ما أشبه، كما إذا قدم طعام غيره إليه باعتبار أنه من نفسه، وبعد ذلك جن الغار، كان غرره فى ماله، ويؤيده قاعده (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

{وإذا تبين بطلان الشركه فالمعاملات الواقعه قبله} قبل تبين البطلان {محكومه بالصحه} فيما إذا كان للشريك حق الإذن، إذ الصحه مبينه على الإذن فإذا لم يصح الإذن لم تكن صحه.

1- الوسائل: ج12 ص266 الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه ح2

ويكون الربح على نسبه المالين لكفايه الإذن المفروض حصوله، نعم لو كان مقيداً بالصحه تكون كلها فضولياً بالنسبه إلى من يكون إذنه مقيداً، ولكل منهما أجره مثل عمله بالنسبه إلى حصه الآخر إذا كان العمل منهما

{ويكون الربح على نسبه المالين} والعملين إذا عمل كل منهما، لما ذكرناه مكرراً من أن الربح تابع لكليهما لا للمال فقط {لكفايه الإذن المفروض حصوله}.

أما قول المستمسک: إن الشركه العقديه نفس الإذن بالتصرف، فقد تقدم سابقاً الإشكال فيه.

ولا يخفى نوع تدافع فى كلام المصنف، إذ لو أن ضمير (قبله) كان عائداً إلى (التبين) كما فسرناه مما لازمه البطلان قبل التبين، لم يكن إذن فإنه إذا مات أو جن ـ كما هو موضوع كلام المصنف (رحمه الله) ـ لم يكن إذن، فقوله: (لكفايه الإذن) لا يناسب (قبله)، وإن كان ضمير (قبله) عائداً إلى (البطلان) لم يكن وجه لقوله: (للكفايه)، إذ قبل البطلان العقد باق، فالمعاملات صحيحه للعقد لا للإذن المجرد عن العقد.

{نعم لو كان} الإذن {مقيداً بالصحه} فلا إذن من الشريک لو لم يكن العقد صحيحاً {تكون} تلک المعاملات الواقعه بعد بطلان العقد {كلها فضولياً بالنسبه إلى من يكون إذنه مقيداً}، الظاهر عدم الحاجه إلى هذا القيد، لأن الشريک الذى أجرى المعامله لا يكون الأمر بالنسبه إليه فضولياً، وإنما تكون بالنسبه إلى الطرف الآخر، وكأنه قيد توضيحى.

{و} حيث ارتفع العقد وكان العمل بالإذن، أو فضولياً بإجازه متأخره كان {لكل منهما أجره مثل عمله بالنسبه إلى حصه الآخر إذا كان العمل منهما} فيما

وإن كان من أحدهما فله أجره مثل عمله.

إذا كان للآخر ربح بقدر الأجره أو أكثر منها، أما إذا لم يكن ربح أصلًا، أو كان أقل من أجره العمل ففى صوره الإذن لا شىء للعامل إذ لا ربح، لأنه دخل على ذلك، فالعامل هو الذى أهدر عمله، لقاعده ما لا يضمن، وإذا كان ربح أقل من الأجره كان له ذلك الأقل، لأنه دخل على ذلك، فمن أين يكون للعامل أكثر من الربح، وفى صوره الإجازه يرجع استحقاق العامل للأجره إلى قصد المجيز، بعد لزوم عدم قصد العامل التبرع، إذ لو قصد العامل التبرع بعمله لم يكن له شىء.

أما إذا لم يقصد، فإذا أجاز المالك المعامله بقصد إعطاء الأجره كان عليه الإعطاء، وإلا فإن عد ذلك حقاً عرفاً كان له بمقتضى: «لا يتوى حق امرئ مسلم» ونحوه، كما هو كذلك فى كل فضولى، فإذا باع زيد دار عمرو فضوله فأجازه المالك إن عد ذلك حقاً له، لأنه عمل استوفاه المجيز، سواء ربح فى الدار أم لا، كانت عليه الأجره، وإلا لم يكن عليه شىء، لأن البيع لم يكن بإجازته، ولا دليل على أن الإجازه بعد ذلك توجب عليه حقاً.

ومنه يعلم الكلام فى قوله: {وإن كان} العمل {من أحدهما فله أجره مثل عمله} لاطراد الكلام فى عملهما إلى عمله أيضاً.

ص:٨٣

مسأله ۱۳ لو ادعی أنه اشتراه بالشرکه

(مسأله ۱۳): إذا اشتری أحـدهما متاعـاً وادعی أنه اشتراه لنفسه، وادعی الآـخر أنه اشتراه بالشـرکه، فمع عـدم البینه القول قوله مع الیمین، لأـنه أعرف بنیته، کمـا أنه کـذلک لو ادعی أنه اشتراه بالشـرکه وقـال الآـخر إنه اشتراه لنفسه، فـإنه یقـدم قوله أیضاً لأنه أعرف، ولأنه أمین.

(مسأله ۱۳): {إذا اشتری أحدهما} أحد الشریکین فی الشرکه العقدیه، أو کان کل منهما مأذوناً من الآخر فی التصرف فی المال الشترک بـالمزج أو الإرث أو ما أشـبه {متاعاً، وادعی أنه اشتراه لنفسه، وادعی الآخرأنه اشتراه بالشـرکه} بأن کان الاختلاف فی أنه قصـد أی الأـمرین {فمع عـدم البینه} للآـخر {القول قوله} قول المشتری {مع الیمین} لأنه منکر، وکان مقتضـی القاعـده أن یعطف قوله: {لأنه أعرف بینته} بالواو لأنه دلیل آخر، ولاحاجه لأحد الدلیلین إلی الآخر.

وکیف کان، فقـد ذکرنا فی کتاب المضاربه وجه الاسـتدلال بقاعـده (أعرف بنیته) وأنها قاعده عقلائیه أمضاها الشارع حتی فیما إذا کان مقتضی القاعده الأولیه، لأن یکون علیه البینه لکونه مدعیاً، فإذا جرت القاعده یکون القول قوله بدون البینه.

{کما أنه کـذلک لو ادعی أنه اشتراه بالشـرکه، وقال الآخر: إنه اشتراه لنفسه}، وکـذلک إذا قال: إنه اشتراه لموکّله، وقال الآخر: بل اشتریته للشرکه، أو عکس ذلک، فإن القول قوله لا قول الطرف الآخر.

{فإنه یقدم قوله أیضاً لأنه أعرف} إشاره إلی قاعده (ما لا یعرف إلّا من قبله).

{ولأنه أمین} و«لیس علی الأمین إلّا الیمین»((۱))، کما جاء به الفتوی المستفاده

ص:۸۴

۱- انظر المستدرک: ج۳ ص۴۹۹ الباب ۵ من الصلح

من النصوص، وإشكال المستمسک فی کلیه سماع قول الأمین غیر ظاهر الوجه، ولذا لم أجد حتی معلقاً واحداً من الذین ظفرت بتعلیقاتهم علی کثرتهم أشکل علی المصنف.

ثم إن المصنف (رحمه الله) لم یذکر جمله من المسائل المذکوره فی کتب الفاضلین والشهیدین وشروحها، ونحن نذکر بعضها، والله المستعان.

ص:٨٥

مسائل

مسأله ۱ لو باعا بثمن واحد

(مسأله ۱): لو باعا بثمن واحـد، أو عملاً بأجره واحـده، أو ظفرا بما جعل له معاً أو ما أشـبه ذلك، فأعطى الطرف لكل منهما قدر حقه فلا شركه، إذ له ذلك، فإذا أعطى أحدهما قدر حقه ولم يعط الآخر لم يكن الآخر مشتركاً مع الأول فيما أعطى، وإن أعطى أحدهما قدر حقه وأكثر للآخر بدون تميز صارا فيه مشتركاً حسب الحصه.

مثلاً كانت أجرتهما عشـره، فأعطاه سته، خمسه له وواحداً لشريكه، صار شريكاً له بالسدس على نحو الكسر المشاع، لا الكلى فى المعين، لأن الشركه تقتضى الكسر المشاع، إذ لا أولويه لأن يكون التلف من أحدهما من آثار الفرق بين الكسر والكلى.

وهل للمالك أن يقول: واحد لشريكك على نحو الكلى فى المعين، احتمالان، لا يبعد ذلك، لما عرفت من أن التعيين بيده، فإذا قبل الآخر تم، إذ الحق لا يعدوهما.

نعم يحتـاج الأـمر إمـا إلى قبول الشـريك الآـخر إذا لم يكن الآخـذ وكيلًا أو مأذوناً عنه فى التصـرفات التى منها ذلك، فإذا قبل الثلاثه بذلك فتلف لم يذهب من كيس الشريك، إلّا إذا تلف أكثر من الخمسه، حيث الزائد من كيس الشريك.

أما إذا أعطى كل المال لهما أولأحدهما فيما كان مأذوناً من الطرف فهذا المال يصبح مشتركاً بينهما.

قـال فى القواعـد: لو باعا بثمن واحـد أو عملا باجره واحـده تثبت الشـركه، سواء تساوت القيمتان، أو اختلفتا، ولكل منهما بقـدر النسبه من القيمه.

ص:۸۶

أقول: قد صرح بثوبتها فيما إذا عملا بأجره واحده الشرائع والمسالك.

ولا يخفى أن وجه الشركه ما تقدم من تعلق حقهما بهذا المال ولا امتياز، فلا يمكن غير الشركه فإنها أمر عقلائى قرره الشارع، إذ لم يردع عنه، كما أن وجه النسبه ما ذكره مفتاح الكرامه من لزوم إعطاء كل ذى حق حقه، وكان الأولى أن يعلله بأن حق كل منهما فى هذا المال لا أزيد من حقه، إذ الإعطاء فرع الثبوت، فالتعليل بالعطاء مما لا ينبغى.

وطريقه النسبه واضحه، بأن ينسب قيمه مال أحدهما أو عمله إلى مجموع القيمتين وتؤخذ بتلك النسبه من الثمن والأجره، ويضاف على ذلك ما زاد لأجل الجمع إذا كان الجمع يوجب الزياده، سواء تساوت الزياده أو اختلفت.

مثلاً ـ صنع كل واحد من النجارين مصرع باب وباعاهما بعشره، بينما قيمه ما صنعه ثلاثه فقط، فإنه يعطى خمسه لزياده الاثنين بسبب الاجتماع.

ومثال عدم التساوى ما إذا صنع أحدهما القفل، والآخر المفتاح، فأضاف الاجتماع على ثلاثه القفل واحداً، وعلى واحد المفتاح اثنين مثلاً، حيث يعطى الأول أربعه والثانى ثلاثه فيما إذا اشتراهما المشترى سبعه، إلى غير ذلك من الأمثله.

وكذلك فى الأجره، فإذا كان بناء نصف الدار الأسفل بمائه ونصفها الأعلى بخمسين، وإذا بناها كامله بمائتين وعشره، بحيث ثلثا الستون الزائد للاول، وثلثه للثانى، فأخذها بمائتين وعشره، وعمل الأول ثم الثانى، كان للأول مائه وأربعون، وللثانى سبعون، بينما إذا استأجر الأول أعطاه مائه وبعده استأجر الثانى يعطيه خمسين.

قال فى التذكره: إذا اشترك الصانعان فيما لا مثل له كالثياب، وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركه، وكان المال بينهما، فإن علمت قيمه كل واحد منهما

كان الرجوع إلى نسبه تلك القيمه، وإلّا تساويا عملًا بأصاله التساوى.

أقول: إذا قلنا بحصول الشركه بمثل هذا الاشتباه كان له ثلاث صور: تساوى القيمه، واختلافهما مع وضوح أن لأيهما الأقل، أو مع اشتباهه، وعدم العلم بالتساوى أو الاختلاف ففى الأول والأخير يقسم المال بينهما بالتساوى، وفى الشق الأول من الوسط يكون لكل حقه، وفى شقه الثانى كان مقتضى قاعده العدل تنصيف المجهول.

مثلًا علم أن الثوب الأحمر قيمته مائه والأبيض قيمته ثلاثون، ولم يعلم أيهما لزيد وأيهما لعمرو، أعطى كل واحد ثلاثين، لأن له هذا قطعاً، أما السبعون الباقى فهو بينهما فاللازم تنصيفه بينهما، لأنه لا ترجيح وتكون النتيجه التنصيف.

ومثله إذا علم أن الأحمر لزيد والأبيض لعمرو، لكن لم يعلم هل بيع الأحمر بمائه أو الأبيض، وبيع الآخربثلاثين.

ومن ذلك تعرف وجه النظر فى كلام القواعد، قال: وإذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته، ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح، وقد تقدم عن التذكره التساوى بدون ذكر الصلح.

ومنه يعلم عدم الوجه للقرعه كما عن مجمع البرهان، إذ لا مشكل بعد قاعده العدل.

ويأتى الكلام الذى ذكرناه فى الشركه، فى الوصيه والوقف والهبه والإجاره والجعاله وغيرها، فإذا أوصى لهما بهذه الصبره أو وهبها لهما أو جعلها أجره أو جعاله عملهما، أو وقف هذه الأرض لهما تساوياً، وإن شك فى أنه جعل تفاوتاً أو لا، كان الأصل العقلائى التساوى.

ولو علم بالتفاوت لأحدهما الثلث

وللآخر الثلثين ولم يعلم أن أيهما جعله لأيهما، كانت القاعده تقسيمه بينهما بالسويه لعدم المرجح، والقرعه وإن كانت ممكنه إلّا أن الشارع أسقطها فى الدرهمين وإرث الخنثى وغيرهما من الموارد المتعدده مما يفهم منها ضرب القاعده، وأقله أنها عقلائيه لم يردع عنها الشارع.

ص:٨٩

مسأله ۲ لا يطالب الشريک بإقامه رأس المال

(مسأله ۲): ليس لأحد الشريكين بعد أن فسخ العقد مطالبه الشريک الآخر بإقامه رأس المال، كما عن المبسوط والوسيله وجامع الشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والكفايه، وذكره الشرائع والقواعد وشراحهما.

واستدل له فی مفتاح الكرامه وغيره بالأصل السالم عن المعارض، وبأنه تكليف فيحتاج إلى الدليل، وفيه: إن دليله الثانی هو الدليل الأول وليسا بدليلين.

ومن ذلک يعرف أنه لو كان عند الفسخ نقداً لم يكن لأحدهما مطالبه الآخر تبديله إلى المال الأولى لو كان عند الشركه مالاً، كما إذا عقدا عقد الشركه فی مال ممزوج ثم تصرفا فيه بأن جعلاه نقداً.

ولو شرط أحدهما عند العقد أو الامتزاج إرجاع رأس المال بعد الفسخ، أو جعله نقداً فيما كان مالاً، أو مالاً فی ما كان نقداً، لم يلزم الشرط، لأنه فی ضمن عقد جائز، وقد سبق أنه لا يلزم.

نعم لو جعلا الشرط فی ضمن عقد لازم لزم، فإذا لم يفعله المشروط عليه ألزم، وإن لم يمكن إلزامه جاز أخذ الحاكم من ماله لأجل التحويل المذكور إذا احتاج إلى المال.

وهل يجوز جعله ملكاً لمن لم يعمل بالشرط، والأخذ من ماله حسب الشرط، مثلاً اشتركا فی مائه دينار مشروطاً، وعند الفسخ كان قد تحولت الدنانير إلى دهن، ولما لم يبدله إلى دنانير يأخذ الحاكم من دنانير المشروط عليه ويعطيه للمشروط له ويجعل بدله للمشروط عليه الدهن

الذى بينه وبين المشروط له، احتمالان، من الأصل، ومن أنه حقه فله إنقاذه منه بكل وجه، والثانى أقرب.

ولو اختلفا فى أنه هل كان شرطاً فى ضمن عقد لازم، فالقول قول المنكر مع يمينه إذا لم يكن للمدعى بينه، كما هى قاعده كل نزاع.

ولو باع أحد الشريكين المال، ثم ادعى أنه لم يقبض الثمن، أو قبض حصه نفسه فقط، كان القول قوله مع حلفه، لأنه أمين.

وإن قال الشترى: بل أعطاه كل الثمن، أو أعطاه بعضه لهما لا له فقط، كان الأصل مع الشريک فى الأول لأصاله عدم إعطائه أزيد مما يدعيه الشريک. أما فى الثانى فهل المرجع التحالف، أو القول قول المعطى لقاعده (ما لا يعرف إلّا من قبله). احتمالان.

ولو باع الشريكان سلعه صفقه، ثم استوفى أحدهما شيئاً، شاركه الآخر فيه، كما ذكره العلامه فى القواعد والتذكره، ونقل عن الشيخ والمحقق والشهيدين وغيرهم، وذلک لأنه المنصرف من إعطاء المشترى إذا لم يكن دليل على خلافه، وهذا هو المشهور، بل ادعى عليه الإجماع، وحيث إن المسأله مرتبطه بكتاب الدين نتركها لذلک الكتاب.

نعم يبقى الكلام فى ما ذكره القواعد من أنه لو تعددت الصفقه فلا مشاركه، إذ لم يعرف فرق بين وحده الصفقه وتعددها بعد كون المال المبيع مشتركاً، فإذا كان مال ممزوج لزيد وعمرو فباع أحدهما نصفه لبكر، ثم باع الآخر لبكر، فدفع بكر لأحدهما كل ثمن ما اشتراه منه أو بعضه، لم يكن وجه لعدم كون نصفه الآخر للشركه، فإن المال لما كان مشتركاً كان ما يعطى بإزائه مشتركاً

أيضاً، كما أن الحكم كذلك لو كان المشترى من أحد الشريكين أو من كليهما متعدداً، لوحده العله التى ذكرناها فى الجميع.

ومن المستبعد جداً أن يريد القواعد بيع كل شريك الشىء الخاص به، فراجع كلامه.

ولو باع زيد مال نفسه لعمرو وباعه خالد كذلك، فأعطى المشترى نقداً بعنوان أنه لهما اشتراكا فيه إذا قبلا، وإن لم يقبلا كان عليه إعطاء ثمن كل واحد لنفسه مجزّءاً، إذ مقتضى تسلط الناس على أموالهم((1)) أن لهم الحق فى أن لا ـ يشتركا، فإراده المشترى تشريكهما فى ما يدفع غير نافذه.

أما إذا باعاه مالاً ـ مشتركاً فأراد أن يعطى حصه أحدهما، لم يكن لهما أن يقولا ـ: لا ـ نقبل إلاّ إعطاء الثمن مشتركاً، إذ تسلط المشترى على ماله يجعله مخيراً فى أن يعطى بعنوان الشركه أو بعنوان الفرديه.

ومنه يعلم أنه لو كان المال المشترك متساوياً وثمنه مائه، فأعطى المشترى ستين منه، فله أن يجعله لهما بالسويه أو باتفاوت، إذ لا يجبر المشترى بأحد القسمين من الإعطاء، حيث إنه خلاف سلطنته على ماله.

كما أن له أن يعطيها بقصد المساواه فيما أعطى وإن كان حقهما فى المال المشترك مختلفاً، كما لو كان لأحدهما ستون فى المائه، وللآخر أربعون، فأعطى خمسين بقصد أن يكون لكل منهما نصف الخمسين.

ولو أعطى المشترى الذى اشترى المال المشترك صفقه أو صفقتين من أحدهما أو من كليهما بعض الثمن، كانا شريكين فيه، إلاّ إذا نوى المشترى إعطاء حصه أحدهما.

ولم تنفع نيه المستوفى أن الذى يأخذه له فقط

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣

أو لشریکه فقط أو لهما، وذلک لأن کل جزء جزء مشاع عنـد الإعطاء، ولا دلیل علی تأثیر نیه الآخـذ فی عدم الإشاعه، ولذا قال الشرائع: إذا باع الشریکان سلعه صفقه ثم استوفی أحدهما منه شیئاً شارکه الآخر فیه.

قال الجواهر: ولو کان الاستیفاء بنیه أنه له.

أقول: ولا خصوصیه لبیعهما صفقه، ولذا لم نقید المسأله بذلک، وکأن المحقق ذکر ذلک من باب المثال.

وکیف کان، فیدل علی ما ذکرناه بالإضافه إلی أنه وفق القاعده، جمله من الروایات.

مثـل مرسل أبی حمزه، قال: سـئل أبو جعفر (علیه السـلام) عن رجلین بینهما مال، منه بأیـدیهما ومنه غائب عنهما، فاقتسـما الـذی بأیدیهما وأحال کل منهما نصیبه من الغائب فاقتضـی أحدهما ولم یقتضـی الآخر، قال: «ما اقتضی أحدهما فهو بینهما، ما یذهب بماله»((۱)).

ومثله خـبر غیـاث، عـن جعفر، عـن أبیـه، عن علی (علیهم السـلام)، إلاّـ أنه قـال: «مـا اقتضـی أحـدهما فهـو بینهمـا، ومـا یـذهب بینهما»((۲)).

وکذا خبر محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام)((۳)).

وخیر معاویه بن عمار((۴)).

ص:۹۳

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۹ الباب ۶ من ابواب أحکام الشرکه ح۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۹ الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه ذیل الحدیث ۱
۳- الوسائل: ۱۳ ص۱۷۹ الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه ح۱
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۱۷۹ الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه ذیل الحدیث ۱

وفی خبر عبد الله بن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، سألته عن رجلین بینهما مال، منه دین ومنه عین، فاقتسما العین والدین، فتوی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه، وخرج الذی للآخر أیرده علی صاحبه، قال: «نعم ما یذهب بماله»((۱)).

وفی الدعائم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، إنه قال فی الشریکین إذا افترقا واقتسما ما فی أیدیهما، وبقی الدین الغائب فتراضیا أن صار لکل واحد منهما حصته فی شیء منه، فهلک بعضه قبل أن یصل، قال (علیه السلام): «ما هلک فهو علیهما معاً، ولا یجوز قسمه الدین»((۲)).

ولا یخفی أنه لا یمکن الاستدلال بهذه الأخبار، لعدم إمکان تقسیم الدین، إذ الأربعه الأولی منها لا دلاله فیها لقوله فیها: «ومنه غائب»، والغائب غیر الدین، والخامسه محتمله، إذ تقسیم الدین إنما یکون مقیداً بتحصیله کله، فإذا نوی بعضه لم یکن التقسیم جاریاً، ویکون مالا یتوی بینهما.

أما خبر الدعائم فهو ضعیف، لا یمکن إثبات الحکم به، بعد کون الحکم مطابقاً لقاعده السلطنه.

وبذلک ظهر أنا لا ـ نرد الأخبار المتقدمه بالضعف والإرسال کما فعله صاحبا المسالک ومجمع البرهان، کیف وهی حجه خصوصاً خبر سلیمان بن خالد الصحیح.

کما ظهر أن ما ذکره مفتاح الکرامه: بموافقه ذلک للقواعد وأصول المذهب، لأن المال فی ذمم الغرماء مشترک، کما هو

۱- الوسائل: ج۱۳ ص ۱۸۰ الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه ح۲

۲- المستدرک: ج۲ ص ۵۰۰ الباب ۵ من أبواب أحکام الشرکه ح۱

التقدیر، غیر مقسوم، لأن ما فی الذمم غیر مقبوض ولا متعین حتی تصح قسمته، ولا دلیل علی لزوم قسمته کذلک، مع أن الأصل عدمه، مضافاً إلی الأصل بمعنی الاستصحاب، انتهی.

غیر ظاهر الوجه، إذ القاعده تقتضی تسلط الناس علی أموالهم(1) عیناً أو دیناً، فإذا کان لزید فی ذمه عمرو وبکر مائه دینار، فی ذمه کل نصفه، ومات وورثه ابناه، فجعل کل منهما ماله فی ذمه أحد الغریمین، رأی العقلاء ذلک حقاً لهما، لا فرق بین تقسیمهما المائه إذا کانت خارجیه، وبین ذلک إذا کانت دیناً، ولا دلیل علی أن الشارع رفض ذلک، فلا أصل ولا استصحاب ولا قاعده ولا حاجه إلی القبض والتعین أکثر من ذلک.

نعم إن کان إجماع فی المسأله غیر محتمل الاستناد، کان اللازم العمل به.

ولاـ یخفی أن ما ذکرناه غیر المحکی عن ابن إدریس، من اختصاص کل من الشریکین بما یستوفیه من حقه، ولا یلحقه الآخر فیه، إذ ذلک خلاف الشرکه، فإن الشریک لا یحق له التصرف فی المال المشترک دیناًأو عیناً إلاّ بموافقه الشریک، وإن استدل له فی الجواهر بأدله تسعه، وقواه جامع المقاصد لقوه ومتانه بعض تلک الوجوه، ونقله عن المختلف، وحیث إن الکلام فی ذلک راجع إلی باب الدین نکله إلی محله، ومن شاء التفصیل فلیرجع إلی الجواهر ومفتاح الکرامه.

۱- بحار الأنوار: ج۲ ص۲۷۳

مسأله ۳ القسمه

(مسأله ۳): قد ذکرنا بعض المسائل القسمه فی کتاب القضاء، ونذکر هنا بعضها تبعاً للأصحاب، فنقول:

القسمه هی تمیز الحق لکل شریک من غیره، وهی أمر عقلائی أمضاه الشارع، ولیست بیعاً ولا صلحاً ولا غیرهما، سواء کان فیها رد أو لم یکن، فلا یترتب علیها أحکام تلک العناوین، وهذا هو المحکی عن الشیخ والفاضلین والشهیدین وغیرهم، بل فی الجواهر: لا خلاف أجده فیه ولا إشکال.

فلیس فیها خیار الحیوان والمجلس والشفعه، ولا تبطل بالتفرق قبل القبض، ولا یلزم العلم بالمقدار، فلو کانت صبره لا یعلم قدرها صح تقسیمها بین الورثه، وإن لم یعلم کل کم صار نصیبه منها، ولا یلزم التقسیم الکامل بین نفرین، ولا أصل التقسیم بالنسبه إلی بعض الشرکاء إذا کانوا جماعه، أی یصح تقسیم بعض المشترک، کما یصح تمیز حق بعض المشترکین، فلو کان اثنان بینهما شرکه فی صبره یصح أن یقسما بعضها ویبقی بعضها الآخرمشترکاً بینهما، وإذا کان أربعه شرکاء صح تقسیم المال إلی قسمین کل قسم لاثنین منهم، کل ذلک لإطلاق الأدله، بل لا یظهر الخلاف فی کل ذلک.

ثم القسمه إذا کانت قسمه إجبار لم تحتج إلی رضایه الشرکاء، أما إذ لم تکن قسمه إجبار فلا تکون إلّا باتفاق الشرکاء، کما ذکره غیر واحد، بل فی الجواهر بلا خلاف أیضاً، ولا إشکال للأصل، بل الأصول، وهی أصاله عدم

ص:۹۶

جواز التصرف فى مال الناس إلّا بإجازتهم لدليل السلطنه([1]) وغيرها، واستصحاب عدم حصول القسمه بدون رضاهم، وأصاله «لا يتوى حق امرئ مسلم»([2])، حيث إن الشركه حق، إلى غير ذلك.

أما قسمه الإجبار فهى ما إذا طلب بعض الشركاء ولم يكن ضرر على الشريك الآخر، أو كان ضرران متقابلان فإنهما يتساقطان، ويقدم حق سلطنه الإنسان فى ماله، حيث إن دليل السلطنه حاكم بأن للمالك حق الشركه وحق الإفراز.

قال فى الشرائع: ويجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمه.

وقال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر الاتفاق عليه، ولعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرار والضرار.

أقول: جعل العمده الإجماع محل نظر، بل العمده ما ذكرناه، كما أن إطلاق استثناء الضرر محل نظر، إذ قد تقدم أن ذلك إذا لم يكن معارضاً بضرر غير مريد القسمه، بل ينبغى أن يستثنى ما إذا كان دليل السلطنه بالنسبه إلى المورد أقوى من دليل الضرر بالنسبه إلى مورد الضرر، فيقدم الأول لقاعده الأهم والمهم.

كما إذا كان يتضرر عدم مريد القسمه ديناراً، فيما كان مريد القسمه يريد إنقاذ ماله الذى يسوى عشره آلاف دينار، غايه الأمر أن يقال بتحمله نصف ضرر

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢

٢- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ۴۶ من أبواب نوادر الشهادات ح۵

الطرف إذ لا وجه لتضرر كل الدينار.

ثم الاقتسام يكون بتعديل السهام بالأجزاء فى متساوى الأجزاء، كيلًا أو وزناً أو ذرعاً أو عدّاً، فيوزع الشيء بعدد الانصباء، ويقرع بين الشركاء إن تشاحوا فقال كل واحد يريد هذا، لأنها لكل أمر مشكل، وأطلق غير واحد القرعه، لكن ربما يقال: إنه لا حاجه إليها، بل الحاكم الشرعى يفصل، إذ ليس ذلك مشكلًا بعد تساوى الأقسام، فإذا كان وسقان من حنطه فوزع نصفين فلا حق لأى منهما أن يصر على أنه يريد هذا القسم دون ذاك، بعد عدم فارق بينهما إطلاقاً.

وإن اختلفت الأجزاء كالأرض والدور والحيوان، لوحظت القيمه فى التقسيم.

والظاهر أنه لا فرق بين كتابه أسماء الشركاء أو السهام، مثلًا كانت للمورث داران متساويتان قيمه، فقد يكتب على ورقه اسم زيد، وعلى أخرى اسم عمرو، ويشار إلى دار ويقال: إن من خرج اسمه فهذه الدار له، وقد يكتب على ورقتين اسم الدارين ويشار إلى زيد ويقال: إن ما يخرج أولًا من اسم إحداهما فهى لزيد.

وإذا اختلفت الأقسام فكانت صبره، لأحدهم نصفها وللثانى ثلثها وللثالث سدسها، وزعت سته أقسام على سته أوراق، فما يخرج أولًا مثلًا لصاحب النصف، أو لصاحب الثلث، أو لصاحب السدس.

فإذا قيل: إنه لصاحب النصف أخذه وكان له سدسان أخران، وإن قيل:

إنه لصاحب الثلث أخذه وكان له سدس آخر، وإن قيل لصاحب السدس أخذ ولا حق له، وإنما يبقى خمسه أسداس لشريكيه.

ويمكن العكس بأن تكتب أسامى الشركاء، ويقرر أن من خرج اسمه أولاً فله هذا السدس، فإن خرج اسم صاحب السدس انتهى أمره، وإلا ألقى الثلاثه فى الكيس مره ثانيه، ويقرر أن من خرج اسمه فله السدس الثانى، إلى أن تتم القسمه.

وهل هناك حاجه إلى رضى الشركاء بعد القسمه، احتمالات:

عدم الاحتياج مطلقاً، والحاجه مطلقاً، والتفصيل بالحاجه فى ما إذا كان القاسم أحدهما أو المنصوب من قبلهما، وعدم الحاجه إذا كان من قبل الحاكم.

استدل للأول: بأنه إذا كانت القسمه برضاهما لا دليل على بقاء الاشتراك، فلماذا يحتاج الأمر إلى رضى آخر بعد القسمه، وإذا لم تكن القسمه برضاهما لم تكن قسمه وبقى الاشتراك.

هذا بالإضافه إلى أنه لو ضربت القرعه لتشخيص حق كل واحد، كان ظاهر «القرعه لكل أمر مشكل» أن بعد القرعه لا إشكال، مما يفهم عرفاً منه تميز حق كل أحد عن حق الآخر فلا شركه.

وإلى ما رووه فى كتاب الصلح، من قوله (عليه السلام) فى رجلين لم يعرف كل منهما كم له عند صاحبه، فقالكل واحد: منهما لك ما عندك ولى ما عندى، قال: «لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما»، فإن فحواه يشمل المقام.

بل وإلى عموم (سلطنه الناس على أموالهم)((١))، حيث إن

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢

الرضى بالقسمه يعطى السلطنه لكل شريك على المال الذى رضى به، فلا يبقى مجال لتصرفها فى كل الأموال، إذ قد خرج سهم كل عن سلطنه الآخر، إلى غير ذلك من المؤيدات.

واستدل للثانى: بأصاله بقاء الإشاعه إن لم يحصل رضى بعد القسمه، ولذا حكى الجواهر عن المشهور _ على ما قيل _ الاحتياج إلى الرضا بعد القرعه، خصوصاً فى قسمه الرد، لاشتمالها على المعاوضه المتوقفه على ما يدل على الرضا بذلك، وبأنه خلاف سلطنه الناس على أموالهم، فإنه إن لم يرض بالقسمه سواء قبل القرعه أو بعدها لم يصح التصرف فى ماله المشترك بالنسبه إلى الطرف الآخر، وبأن القسمه كالمعاوضه ولا تصح المعاوضه إلاّ بالرضا.

وفى الكل ما لا يخفى:

فإن أدله القول الأول لا تدع مجالاً للاصل والشهره فيه، ولذا نسبها الجواهر إلى النقل.

وقد تقدم أن الرضا السابق بالقسمه إذا لم يتوافقا بعد القسمه على الاشتراك يكون الاشتراك خلاف قاعده السلطه، فهى مع القول الأول، لا مع القول الثانى، والقسمه بدون الرد ليست معاوضه، بل إفراز الحق وقد فرض رضاهما به.

أما القسمه مع الرد، فالرد وإن كان معاوضه بالنسبه إلى مقدار الرد، إلاّ

أن الرضا الأول كاف، فإنه يشمله (عن تراض منكم)((۱))، وقوله (عليه السلام): «إلا بطيبه نفسه»((۲))، إلى غير ذلك.

ووجه التفصـيل: بأن القاسم إذا كان منصوباً من قبل الحاكم لم يصح عدم اتباع عمله، لأن الحاكم وضع للفصل بين الناس، فعدم اتباعه نقض الغرض، بخلاف غير منصوب الحاكم، فإن الأدله المذكوره فى القول الثانى تقتضى الاحتياج إلى رضى بعد القسمه.

وفيه ما تقدم من الإشكال فى أدله الثانى.

۱- سوره النساء: الآيه ۲۹

۲- المستدرك: ج۳ ص۱۴۶

مسأله ۴ لو كانت القسمه توجب الضرر

(مسأله ۴): قد تقدم الكلام فيما إذا كانت القسمه توجب الضرر في الجمله، فنقول: إن الضرر على قسمين:

الأول: ما كان الضـرر من جهه التفريق، كما إذا كان مصـراعا باب، فأراد أحدهما أخذ مصراعه مما يوجب نقص القيمه على كل منهما.

الثاني: ما كان الضرر من جهه الإسراف، كما إذا كان المشترك جوهراً تنقص قيمته بالقسمه.

أما الكلام في الأول: فقد تقدم مقتضى القاعده فيه.

وأمـا الكلام في الثـاني: فالظـاهر أن حرمه السـرف تقف دون تنفيـذ إراده الشـريك الطالب للقسـمه، لأن «الناس مسـلطون على أموالهم»([۱])، لا على أحكامهم.

وظاهر الشـرائع المنع في الضـرر مطلقاً، حيث قال: وكل ما فيه ضـرر عليهما كالجوهر والسـيف والعضائد الضـيقه لا يجوز قسمته، ولو اتفق الشركاء على القسمه، انتهى.

واستدل الجواهر له: بنفي الضرر والسرف والنهي عن تلف المال في غير الغرض الصحيح.

أقول: قد يكون الكلام في الحكم التكليفي أي الجواز وعدمه، وقد يكون الكلام في الحكم الوضعي أي صحه القسمه وعدمها.

أما الثاني: فلا وجه لاحتمال عدم الصحه حتى في صوره السرف، كما

ص:۱۰۲

۱- بحار الأنوار: ج۲ ص۲۷۲

إذا كان الجوهر يسوى ألفاً، وبعد تقسيمه نصفين يسوى عشره، فإنه لا وجه للإشكال فى اختصاص كل نصف منه بأحدهما بعد أن رضيا بذلك.

ولعل قول المحقق (لا ـ يجوز) إشاره إلى ذلك، أى إلى الحكم التكليفى فقط أى يحرم، لا الحكم الوضعى، أى لا يصح، وإذا تبين الكلام فى الحكم الوضعى نقول: الضرر على قسمين:

ضرر منهى عنه للشارع كان يتلف الإنسان ماله بدون وجه عقلائى، وهو المسمى بالسرف والتبذير، وهذا القسم محرم.

وضرر غير منهى عنه للشارع، وإنما حرم إضرار إنسان بآخر فيما إذا لم يرض ذلك الإنسان بإضراره به، مما لا يعد سرفاً وتبذيراً، وذلك مثل عدم بيع الإنسان ماله حتى تتنزل قيمته، فإنه ضرر لكنه غير محرم، وما نحن فيه من قسمه مصراعى الباب ونحوه من هذا القبيل.

ولذا قال فى محكى الدروس: ولو تضرر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس.

وقال فى الجواهر عند قول المحقق المتقدم (ولو اتفق...): فيه إنه مناف لقاعده (تسلط الناس على أموالهم)((١))، والسفه قد يرتفع بالغرض الصحيح، انتهى.

ثم إنه لا شك فى صحه قسمه المهاياه، أى قسمه المنفعه بالأجزاء أو بالزمان

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢

كأن يسكن هذا الدار سنه والآخر سنه، أو يسكن هذا فى حجره منها وذاك فى حجره أخرى، أو يؤجر هذا هذه الغرفه وذاك الغرفه الأخرى، إلى غيرها من الأمثله، إذا رضى الشركاء بذلك، لأن الحق لا يعدوهم، ولانه مقتضى سلطنتهم على أموالهم([(١)](#)).

أما إذا لم يرض بعض الشركاء بذلك، لم يجبر الآخر للأصل، وإنما لمريد المهاياه حق الجبر بالقسمه كما تقدم.

ولو رضيا بالمهاياه، فإن جعلاه ضمن عقد لازم لزمت، وإن رجع أحدهما عن كلامه، لما ذكرناه فى باب الشرط من أنه يقتضى الوضع، وإن لم يجعلاها ضمن عقد لازم وفسخ أحدهما قبل الاستيفاء انفسخت، إذ لا دليل على لزومها، والأصل عدم اللزوم، وليس ذلك عقداً حتى يقال: الأصل فيه اللزوم، أما إذا فسخ أحدهما بعد استيفاء أحدهما حصته، فهل يلزم عليه أجره حصه الشريك، كما فى الجواهر، أو يجبر باستيفاء الآخرحصته أيضاً، لأنه استيفاء فى قبال ذلك الاستيفاء، احتمالان، وإن كان الثانى أقرب.

ولو اختلفت الأجره فى الزمانين، مثلاً كان وقت استيفاء زيد فى السنه الأولى أجره الدار مائه، وفى السنه الثانيه مائتين للتضخم، أو خمسين للتنزل، فهل حق الثانى الاستيفاء، أو نصف الاستيفاء فى الأول وضعفه فى الثانى، أو يستوفى سنه مع إعطاء مائه للاول فى الأول، وأخذ خمسين من

١- بحار الانوار: ج٢ ص٢٧٣

الأول فى الثانى، احتمالات، القاعده الاقتصاديه تقتضى الثانى، لأن الأشياء بقيمها لا بحجمها، والأصل يقتضى الأول، لأن المبادله وقعت ولا تتغير.

كما إذا استأجر الدار سنه كل شهر عشره، ثم صعدت إلى كل شهر عشرين حسب التضخم، أو بالعكس نزلت إلى كل شهر خمسه حسب التنزل.

والأقرب فى النظر اتباع القاعده الاقتصاديه، والأصل لا مجال له بعد الدليل، وقد ذكرنا فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) ما يؤيد ذلك فى مسأله الربا والإجاره والوصيه والوقف والنذر وما أشبه.

وإذا كانت قسمه العين توجب الضرر المحرم وطلبا التخلص، أو طلب أحدهما، أو كان البقاء مبعث نزاع ونحوه، حق للحاكم التدخل للفصل بالأقرب فالأقرب إلى مقتضى سلطنه الناس على أموالهم، مثل إجارته أو بيعه أو جعل المهاياه الإجباريه أو ما أشبه، وذلك لإيصال الحق إلى صاحبه مهما أمكن، فإنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»، والقطع دواء النزاع.

فعن الدروس: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كان له أجره، جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر.

قال فى الجواهر: ولعل ذلك من السياسات، بناءً على أن للحاكم ذلك ونحوه، فله حينئذ بيعه عليهم مع كونه مقتضاها.

أقول: ولو أراد أحدهما شراءه أو استيجاره دون الآخر، قدم على الأجنبى

لأن بعض المال له، أما إذا أراد كلاهما ذلك لم يبعـد القرعه، إن لم نقل بأن للحاكم تقـديم أيهما شاء بدون القرعه، للشك فى اندراج مثله فى المشكل الذى هو موضوع القرعه.

ص:١٠٦

مسأله ۵ تقسيم الوقف

(مسأله ۵): لا يقسم الوقف ذرياً وخيرياً، لأن التقسيم خلاف مقتضى «الوقوف حسب ما وقفها أهلها»((۱))، إلاّ إذا شرط الواقف ذلک فی بعض الحالات، حيث إن مثل هذا الشرط صحيح، كما يفهم من النص والفتوى.

وقد علل عدم التقسيم فی الشرائع بعله أخرى، قال: لا يقسم الوقف، لأن الحق ليس بمنحصر فی المتقاسمين.

وتبعه فی هذا التعليل القواعد، قال: ولا يصح قسمه الوقف لعدم انحصار المستحق فی القاسم، وإن تغاير الواقف مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه، كان يقف أحد الشريكين فی هذه البستان حصته على زيد وأولاده، والآخرحصته عليهم أو على عمرو وأولاده.

أقول: إذا كان كل من الواقف والموقوف عليه متعدداً لم يكن وجه للمنع عن القسمه، كما إذا كان شريكان فی دار، فوقف أحدهما نصفه على أولاده، والآخر وقف نصفه على أولاده، إذ لا دليل على المنع لا بالنسبه إلى ما استدللنا به، حيث إن التقسيم لا ينافی النص المقدم، ولا بالنسبه إلى ما استدلا، إذ عدم انحصار الحق فی الطائفتين من الأولاد الحاضرين لا يلازم عدم جواز التقسيم، فإن الملازمه لا دليل عليها إلاّ مع اتحاد الواقف، فإنه يجعل حق البطون فی كل جزء جزء، بينما مع تعدد الواقف يجعل هذا حق بطنه فی كل جزء جزء من نصفه فقط، وكذلک يجعل الشريک الآخر.

ومنه يعلم صحه التقسيم إذا قسم نفس الواقف الواحد، كما إذا كانت

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۹۵ الباب ۲ من أبواب الوقوف ح۲

الدار لزيد فوقف نصفها على زيد وذريته، ونصفها الآخر على عمرو وذريته، إذا لم يقصد النصف المشاع، حيث إنه إذا قصد ذلك كان التقسيم خلاف إراده الواقف التى أجرى على طبقها الوقف.

ومنه يعلم النظر فى إطلاق الجواهر، حيث قال: إن الوقف متى كانت قسمته منافيه لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلةً وكثرةً ونحو ذلك لم يجز قسمته، أما إذا لم يكن كذلك كما فى المثال، بل فيما لو اتحد الواقف وتعدد المصرف مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً وذريته، والآخر على عمرو وذريته لم يكن بأس فى قسمته، انتهى.

فإن الواقف لو وقف النصف المشاع لهذا والنصف المشاع لذاك، كان التقسيم خلاف الوقف، بل التقسيم هنا مثل المزج فى الاستفاده فيما لو وقف وقفين مستقلين، فكما لا يجوز هذا لا يجوز ذلك أيضاً.

ومما تقدم ظهر لزوم تقييد ما ذكرنا من صحه التقسيم فى صوره تعدد كليهما، أى الوقف والموقوف عليه، بما إذا لم يوقفا مشاعاً، كما إذا كانت بينهما دار مشاعه فوقف كل نصيبه المشاع لأولاده، فإن الإفراز خلاف الإشاعه وقد فرض أن الوقف تعلق بالإشاعه، والإشاعه حاله فى الشيء الموقوف كانت للشريكين إبقاؤها، وقد أبقياها عند الوقف، فالإفراز خلاف الوقف.

ويظهر من ذلك العكس، كما إذا كان لزيد ولعمرو قطعتى أرض فوقف كل قطعه لأولاده، فإنه لا يصح للطائفتين من الأولاد جعلهما مشاعه، لأن الإفراز حاله فى الشيء الموقوف كان للمالك إبقاؤه، وقد أبقى كل واقف الإفراز عند الوقف، فالإشاعه خلاف الوقف.

ومنه يعلم أن نفس الواقفين لاـ يقـدران بعـد الوقف من تغيير المشـاع مفرزاً أو بـالعكس، ولعـل مراد العلاـمه فى محكى التجرير حيث أطلق قوله: ولو تعـدد الواقف والموقوف عليه، فالأـقرب جواز القسـمه، انتهى. أراد مـا ذكرنـا أولاً، لا الصوره التى ذكرناها بقولنا: (ومما تقدم) إلخ.

ومن الكلام فى الوقف على الذريه يظهر الكلام فى الوقف على المصالح، كما إذا وقف نصف داره على انتفاع الفقراء، ونصـفها على انتفاع الزائرين، فإنه لا يصح الإفراز، إذ ذلك خلاف «الوقوف...».

أمـا إذا وقف أحـدهما نصف داره المشـاعه _ لاـ بقيـد الإشاعه _ على الفقراء، ووقف الشـريك الآخر نصف داره كـذلك على الزوار، جاز الإفراز، إذ لا محذور فى الإفراز حينئذ من جهه الواقف ولا الموقوف عليه.

ثم لو جاز بيع الوقف، فالظاهر جواز القسـمه تفادياً عن البيع، كما لو اختلفت الورثه إلى حـد مجوز للبيع، فيقتسـمان الوقف لكل أخ نصـفه، وذلك لأنه أقرب إلى إراده الواقف وبقاء الوقف، ومن المعلوم أن الضـرورات بقـدر بقدرها، ولذا كان المحكى عن العلامه فى تحريره أنه قال: ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحه قسمته فالوجه الجواز كما أجزنا البيع.

أقول: ومنه يعلم صحه إجارته ورهنه وما أشبه ذلك إذا كان أمثال هذه أقرب إلى الوقف من البيع.

هذا بعض فروع قسـمه الوقف به، فلو كان أحد الشـريكين وقف والآخر لم يوقف، فقد قال الشرائع: ولو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صح قسمته، لأنه تميز للوقف عن غيره، انتهى.

ص:١٠٩

وذلك لأن المالكين لهما حق إفراز مالهما، حيث الملك لأحدهما والوقف للآخر، وكذا المتولي والموقوف عليه _ فيما لا متولي _ والحاكم، كما إذا وقف نصف داره للفقراء وجعل المتولي زيداً، أو لم يجعل المتولي حيث يتولى الحاكم شؤونه، أو وقف نصف الدار للذريه والنصف الثاني لشريكه، فإنه بنفسه له حق الإفراز لقاعده السلطنه، ولقاعده «لا يتوى» وما أشبه، وإذا لم يفرز هو كان للثلاثه الإفراز، لأنهم قائمون بشؤون الوقف، وحال الوقف الذي هو تحرير كذلك.

كما إذا وقف نصفه مسجداً وقبل الإفراز لا يحق لصنع منافيات المسجد في المشترك، مثل التنجيس وكمكث الجنب وما أشبه، لأن كل جزء جزء مشترك كما ذكرناه سابقاً، وإذا فرز اختص الأحكام بالنصف والوقف.

ولا يصح في ما ذا كان النصف وقفاً ذرياً أو خيرياً عاماً أو خاصاً، كالمدرسه التي للطلاب، بعد الإفراز الاشتراك ولو مع الشريك السابق، وإن صح ذلك بالنسبه إلى الملك، كما إذا كانت أرض لهما ثم أفرزا فإنه يصح لهما الرجوع إلى الاشتراك، لأنه أمر عقلائي لم يردع عنه الشارع، بل دليل السلطنه يؤيده، أما في ما إذا وقف وأفرز فلا يصح، إذ لا دليل على حق المتولي أو الذريه في ذلك، واستصحاب حال ما قبل الوقف غير تام بعد تبدل الموضوع.

ويؤيد العدم في الوقف أنه لا يصح ذلك ابتداءً، وإن صح في الملك ابتداءً، فإذا كانت لهما قطعتا أرض مجاوره جاز لهما الاشتراك فيهما فتكون

الأرض كلها مشتركه بينهما، بينما إذا كان مسجد وأرض لزيد لا يصح للمتولى ولزيد الاشتراك فيهما.

ثم لا فرق بين أن يكون هناك شريكان فى أرض مشتركه يوقف أحدهما أرضه ثم يفرزها، أو كان لإنسان واحد أرض فيوقف نصفها، ثم يفرزه هو أو المتولى خاصاً أو حاكماً أو الموقوف عليه.

والظاهر صحه الوقف فى المشترك، سواء كان اشتراك إشاعه، أو اشتراك الكلى فى المعين، والفرق يظهر فى التلف، فإذا اشترى من زيد نصف أرضه فغمر الماء نصفها ذهب النصف من كليهما. أما إذا اشترى منه النصف على نحو الكلى فى المعين لم يكن ذهاب النصف إلّا من البائع، كما ذكروا فى أطنان القصب.

ثم إن القواعد قال: ولو كان بعض الملك طلقاً صحت قسمته مع الوقف وإن اتحد المالك، ولو تضمنت رداً جاز من صاحب الوقف خاصه، فإن كان فى مقابله الوصف فالجميع وقف.

أقول: لأن الرد معناه إعطاء شىء فى قبال أخذ الزائد، ومن الواضح أنه لا يصح لصاحب الوقف أن يعطى الزائد للشريك فيأخذ منه رداً، لأن معنى إعطائه الزائد إعطاؤه من الوقف وذلك ما لا يجوز.

ثم لو أعطى صاحب الوقف رداً لزياده عين أخذها فالظاهر أن الزياده

لا تكون وقفاً، بل يشترك هو مع الوقف، إذ لا وجه لكون الزائد المقابل للرد وقفاً.

قال فى الجواهر: إن الظاهر مشروعيه قسمه الوقف من الطلق، وإن استلزمت رداً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابله للرد وقفاً أو ملكاً، وجهان، أقواهما الثانى، انتهى.

ثم إنه يصح أن يعطى الرد إنسان ثالث برضى الأطراف، ويكون ما فى الوقف من الزائد له، وحينئذ يكون هو المشترك مع الوقف.

ولو كانت دار وقف نصفها أحد الشريكين مسجداً، ووقف الشريك الثانى نصفه مسجداً أيضاً، فهل لهما الإفراز لاستصحاب حقهما فى ذلك، أم لا، لأن المسجد حقيقه واحده فلا معنى لإفراز بعضه من بعضه، احتمالان، مقتضى القاعده الأول، وإن كان الأحوط الثانى.

ولو وقفا لأمرين، مثل أن وقف أحدهما مسجداً والآخر مدرسه، جاز الإفراز بلا إشكال، ولو لم يمكن الإفراز فى الوقفين، فالظاهر أن أخصهما أحكاماً هو المحكم، فإذا كان مسجد ووقف للفقراء لم يصح بقاؤه جنباً فيه، وإن صح له النوم باعتبار أن نصفه له، وإنما يحكم الأخص لما تقدم من أن كل جزء جزء مسجد ووقف فقير، فالمسجديه تمنع عن بقاء الجنب.

ومنه يعلم أنه لو كان المشتركان مسلماً وكافراً، وقف أحدهما مسجداً والآخر كنيسه، وجب الإفراز، إذ لا يصح إقامه شعائر الكنيسه فى المسجد، وإن جاز العكس، وإن لم يمكن الإفراز لا يصح فيه شعائر الكنيسه، وإن جاز

ما لا ينافى المسجد، وذلك لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، وكذلك لا يصح فى المسجد والملك الطلق للكافر عمل ما ينافى المسجد، مثل بيع الخمر فيه، وإن جاز بيعها لهم فى غير العلن، لأنهم يقرون على دينهم.

ومما تقدم يعلم أنه لو تزاحم المسجد والكنيسه ولم يمكن الإفراز اشترى حصه الكنيسه بأن جعلت طلقاً أو وقفاً، لا لمجرد قاعده: «ألزموهم»((١))، وهم يرون جواز بيع الكنيسه، بل وإن لم يجوزوا ذلك فى دينهم، لقاعده: «الإسلام يعلو»((٢))، أو لقاعده: «الأهم والمهم» فى باب التزاحم.

ثم لو كان الوقف والطلق متزاحمين، والطلق لصغار ليس من مصلحتهم بيعه، أو القيم يصر على عدم بيعه، فالظاهر حق الحاكم الشرعى فى البيع عليهم فيما كان الوقف مسجداً، لقاعده الأهم والمهم وقاعده تقديم حق الله كما فى بعض الروايات.

أما فى مثل الحسينيه والمدرسه وما أشبه، ففيه احتمالان.

١- الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوه ح٥

٢- الوسائل: ج١٧ ص٣٧٦ الباب ١ من أبواب ميراث الإرث ح١١

مسأله ۶ لو كان من أحدهم دابه ومن الآخر راويه

(مسأله ۶): إذا دفع إنسان دابه وآخر راويه إلى ثالث لاستقاء الماء وبيعه والربح بينهم، فقد يكون قصدهم المضاربه، وقد يكون قصدهم الشركه، وقد يكون قصدهم الإجاره.

والظاهر صحه الكل، وعلى قصد أى من الثلاث يترتب أثره، وذلك لما تقدم فى كتاب المضاربه، من أن الموضوع العرفى هو الذى قرره الشارع، ولا دليل على لزوم أن يكون ديناراً ودرهماً كما ذكره المشهور، ولا شك عند العقلاء بأنه نوع من المضاربه، ويعتادونه.

كما أنه يصح بقصد الشركه، ولا دليل على بطلان مثله بعد كونه عقلائياً لم يثبت ردع الشارع عنه.

نعم فى الشرائع: لو دفع إنسان دابه وآخر راويه إلى سقاء على الاشتراك فى الحاصل لم تنعقد الشركه، وكان ما يحصل للسقاء عليه أجره مثل الدابه والراويه.

استدل له الجواهر بقوله: قطعاً لأنها مركبه من شركه الأبدان والأموال مع عدم المزج، والكل باطل، ثم قال وقيل: إنهم يقتسمون أثلاثاً يكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثا أجره ماله ونفسه ويسقط الثلث لأن ثلث النفع حصل له، انتهى.

وقال فى القواعد: لو دفع إلى آخر دابه ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركه باطله.

ونقل مثله مفتاح الكرامه عن التذكره والتحرير وجامع المقاصد، ونقل عن الأول أنه قال: عند علمائنا أجمع.

وأنت خبير بأن ما علله الجواهر الحكم من القطع، أو أنه من الشركات المحظوره، كما أن إجماع التذكره

ص:۱۱۴

لا ـ يمكن أن يكون مستنداً، إذ القطع ينفع القاطع، وأدله الشركات المحظوره لا تشمل المقام، كما لا يخفى عل من راجع أول كتاب الشركه عند ذكر الماتن اياها.

والإجماع بعد الإشكال فى صغراه، حيث إن المسأله غير مذكوره فى كثير من الكتب، محتمل الاستناد، ومثله ليس بحجه.

وعليه فالأقرب الصحه شركه، فإذا أطلقوا الاشتراك فى الحاصل، كان لكل حسب ما يراه العرف، لأنه مقتضى الإطلاق الذى لم يريدوا إلا إياه، وإن ذكروا قدر حق كل، مثل أن يكون لكل ثلث الربح أو بالاختلاف كان كما ذكروا.

أما إشكال بعض الاقتصاديين من غير فقهائنا بأن الربح نتيجه العمل فلا حق لمعطى الدابه والراويه فى الربح، فقد اجبنا عنه فى فقه الاقتصاد، بالإضافه إلى أن الدابه والراويه عمل مجسم أيضاً، فالربح يكون نتيجه عملهم.

وكذلك يصح بقصد الإجاره، بأن يؤجر السقاء نفسه لهما أو يؤجراهما الدابه والراويه له إذا تحققت شرائط الإجاره، وذلك لإطلاق أدلتها.

هذا، وإن كان الأحوط عدم جعله مضاربه أو شركه، بل إجاره بشرائطها، أو صلحاً أو ما أشبه مما يصح قطعاً.

وعلى ما ذكرناه فإن كان ضرر كان على الجميع بالنسبه، وإن كان ربح كان للجميع كذلك، فإذا حصل السقاء ستين قيمه الماء، وكانت أجرته خمس عشره والدابه اثنتى عشره والقربه ثلاثه كان ثلاثين زائده، فيعطى كل واحد ضعف حقه، وإذا حصل عشرين كانت عشره ناقصه، وأعطى كل واحد ثلثى حقه، فللسقاء عشره وللدابه ثمانيه وللقربه اثنان، وهكذا.

وبما تقدم يظهر أنه لو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل، على أن يكون الحاصل بينهم، صحت المعامله مضاربةً أو شركةً أو إجارةً أو مصالحةً، بل أو معامله مستقله داخله فى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1)).

فقول الجواهر: لا ريب فى بطلان الشركه، محل الإشكال.

فإن أطلقوا كان لكل بقدر حقه إن كان الحاصل كذلك، وإن زاد أو نقص كان لكل بالنسبه زياده أو نقيصه، لأن الربح للمجموع، فاللازم ملاحظه النسبه فى الزياده، كما أن النقص على المجموع فاللازم ورود النسبه عليهم أيضاً.

وإن لم يطلقوا، بل جعلوا نسبه خاصه لكل منهم كالنصف للعامل، والسدس للدكان، والربع للبغل، ونصف السدس للرحى، كان كما قرروا.

ولو استأجر صاحب الطعام الدكان والبغل والرحى والعامل بكذا، بدون ذكر قدر حق كل، فالأجر بينهم على قدر حقهم لكل واحد من المسمى بقدر حقه، نحو ما لو باع المالين مثلاً لرجلين بثمن واحد، فإن كانت الأجره بقدر حقهم فهو، وإلا زيد أو نقص من كل بقدر النسبه.

ولو استأجر الأرض والماكنه التى تمتح الماء والعامل بكذا، كان كذلك، ولو كان الماء لرابع كانت الأجره بينهم حقاً أو نسبه فى الزياده والنقيصه.

ولو كانت السياره من واحد والسائق عاملاً واستأجرهما بثمن كان لكل بقدر حقه أو نسبته.

ص:116

1- سوره المائده: الآيه 1

ومما تقدم يظهر الإشكال فی قول الجواهر: ولو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا، فإن الأجره بينهم أرباعاً، لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجره.

إذ اللازم ملاحظه الحق، إلاّ أن يريد مع الربع ذلك لا الربع المتساوی، نعم فيما إذا كان حق كل واحد ربعاً متساوياً، كان كما ذكره.

وإذا عمل الأربعه أقل من العمل أو أكثر بعد أن قال المالك لهم، ولكل زياده عمل زياده أجره بنسبه الأجره المجهوله، أخرج الحق بالأربعه المتناسبه البسيطه أو المركبه، مثلاً لو كان كل العمل بدينار، كان ثلثه ناقصاً أو زائداً منسوباً إلى الأصل.

نعم إذا كانت النقيصه توجب النقص من النسبه، كان اللازم النسبه مع نقص مقدار الناقص، مثلاً استأجر الحطاب والنجار والحداد بأربعه لأجل صنع مصراعی الباب فصنعوا مصراعاً، فإن حقهم ليس اثنين، إذ ليس ثمن المصراع نصف ثمن المصراعين، بل أعطاهم درهماً حيث تلاحظ النسبه إذا كانت قيمه المصراع ربع قيمه المصراعين كما هو واضح.

والكلام فی هذه المسأله طويل نكتفی منه بهذا القدر.

مسأله ۷ لو حاز مباحا اعتبر القصد

(مسأله ۷): لو حاش صيداً، أو احتطب، أو احتش، أو أخرج معدناً، أو متح ماءً، أو سبق إلى سائر المباحات، فإن نوى أنه لنفسه كان لنفسه، لإطلاق ما دل على «من سبق إلى ما لا يسبق» كما ذكر فی كتاب إحياء الموات، لكن يشترط فی ذلك أن يكون بقدر حقه مما لا ينافی (لكم)([۱]) الوارد فی الآيه الكريمه كما ذكرنا تفصيله فی كتاب الاقتصاد من الفقه.

ولو نوى أنه لنفسه ولغيره أو لغيره صح ما نواه، كما تصح الوكاله والإجاره والصلح والجعاله والشرط على ذلك، فيوكله فی أن يستخرج له المعدن أو يستأجره لذلك أو يصالح معه أو يجعل له جعلاً أو يشترط عليه ذلك فی ضمن عقد لازم، بل أو غير لازم فيمن يقول بلزوم مثل هذا الشرط كصاحب العروه، خلافاً للمشهور الذين لا يقولون بلزوم الشرط إذا كان فی ضمن غير عقد لازم.

كل ذلك لإطلاق أدله تلك المعاملات، بعد أن العقلاء يرون صحه جميعها، ولم يدل دليل على أن الشارع منع عن ذلك، بل السيره المستمره فی الإجاره ونحوها.

وأی فرق بين أن يستأجر غيره لخياطه ثوبه، أو لمتح الماء له من البئر المباحه، أو استخراج الملح له من المعدن، إلى غير ذلك.

والقول بأن النيه لا تجعل المستخرَج ــ بالفتح ــ لغير من استخرجه، فيه: إن قاعده «الأعمال بالنيات» الشرعيه العقلائيه تحكم بذلك.

وبذلك ظهر أن قول الشرائع: لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنيه أنه له ولغيره لم تؤثر تلك النيه، وكان ما جمعه له خاصه، غير ظاهر الوجه.

وقول بعض الاقتصاديين الجدد: إنه استثمار للإنسان، وذلك لا يجوز، مردود

۱- سوره البقره: الآيه ۲۹

بالنقض بالخياط والبناء والنجار وغيرهم، وجوابهم بالفرق حيث إن صاحب الثوب والدار يعطى المال الذى هو عمله المجسم فى مقابل عمل الخياط والبناء، غير تام بالنقض، إذ مستأجر غيره للصيد، أو الاستخراج أيضاً يعطى المال الذى هو عمله المجسم، وبالحل بأنهما حران فى ما شاءا، فالمستأجر حر فى الاستيجار والأجير حر فى إجاره نفسه، فبأى دليل تمنع حريه الإنسان.

وكيف كان، فإذا نوى أن المستخرَج ـ بالفتح ـ لهما أو لغيره صار كما نوى، فيشترك فى الأول كما يختص به فى الثانى، فالنيه توجب ملك الطرف كلاً ـ أو بعضاً، ولا ـ يحق له الرجوع، لأنه لا يخرج مال إنسان عن ملكه إلاّ بطيبه نفسه، كما أنه لو أبرأ ذمه إنسان عما يطلبه سقط الدين عن ذمته، ولا يحق له الرجوع، إذ لا دليل على أنه يرجع إلى ذمته بعد إبرائه.

ثم الظاهر أن ملكيه الإنسان للمباح باستيلائه عليه يحتاج إلى النيه، فبدونها لا يملك، كما لو أخذ تراباً ليحوله عن طريق الماره أو جذع شجره أو حجراً كذلك، فإنه ليس يملكه بالاستيلاء والأخذ ثم يفقد ملكيته له بالإعراض، بل لا يملك من الأول، وكذلك إذا أخذ غزالاً أو طيراً أو سمكه أو ما أشبه ذلك.

وذلك لأنه المنصرف من مثل «من أحيا أرضاً ميته فهى له»، ومثل «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد»، و(من حاز ملك) سواء كان هذا كلام الفقهاء أو الروايه.

حيث إن من أحيى الأرض بدون قصد الملك، وإنما أراد شق الطريق للماره، أو تسهيل السير فيها بطم حفرها وإفراغها من الماء العفن، إلى غير ذلك، لا يراه العرف مشمولاً لمن أحيا أو سبق أو أحاز، خلافاً لمن

لم يشترط النيه، أخذاً بالإطلاقات المذكوره.

وفى الشرائع: هل يفتقر المحيز فى تملك المباح إلى نيه التملك، قيل لا، وفيه تردد.

وقد ذكر الجواهر وغيره وجه تردد المحقق.

وقال الشيخ فى محكى المبسوط: إذا نزل القوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مده مقامهم ولم يقصدوا الملك بالإحياءِ فإنهم لا يملكونها بالإحياء، لأن المحيى إنما يملك بالإحياء إذا قصد تملكه.

أقول: نعم لا شبهه فى أنه يختص بهم فلا يحق لأحد مزاحمتهم ما داموا هم يريدونها، كما إذا نزلوا فى مكان من الصحراء، وذلك لدليل «من سبق» بالإضافه إلى أن العقلاء يرون ذلك، والشارع حيث لم يغيره فقد أمضاه.

أما ما قد يقال: من أن المباحات ملك لكافه الناس، لقوله تعالى:(خَلَقَ لَكُمْ مَا فِی الْأَرْضِ)((۱))، ففيه: إنه خلاف ظاهر الآيه، لأن ظاهرها أنها خلقت لنفعهم، أما كيف يدخل فى ملكهم فاللازم التماس دليل آخر.

قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد (هل يفتقر المحيز فى تملك المباح إلى نيه التملك إشكال): أقربه أنه يفتقر إليها، كما بيناه فى باب اللقطه.

۱- سوره البقره: الآيه ۲۹

واستدللنا عليه بالاخبار المستفيضه الوارده فيما يوجد فى جوف السمكه مما يكون فى البحر، والإجماعين الظاهرين من التذكره والمختلف، وعضدناهما بالشهرات والأصل، إلى آخره.

ص:١٢١

مسأله ۸ المال الممتزج

(مسأله ۸): لو كان لنفرين مال ممتزج، فقد يكون بالسويه، بأن كان لكل منهما نصفه، وقد يكون بالاختلاف، كما إذا كان لأحدهما ثلثه وللآخر الثلثان.

ففى الأول: إذا أذن أحدهما خاصه لصاحبه فى التصرف فى المال المشترك، فقد يجعل تمام الربح لنفسه، وقد يجعل للعامل، وقد يجعله نصفين، وقد يجعله بالاختلاف إما الزائد لنفسه أو للعامل، فإن كان تمام الربح للعامل كان قرضاً، وإن كان لنفسه كان بضاعه، وإن كان بينهما كان مضاربه من غير فرق بين أقسامه الثلاثه، أى التناصف والاختلاف بصورتيه.

ومنه يعلم صور الثانى: وهو ما كان المال المشترك لهما بالاختلاف، قال فى الشرائع: لو كان لهما مال بالسويه فأذن أحدهما لصاحبه فى التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضاً، لأنه لا شركه للعامل فى مكسب مال الآمر، ولا شركه وإن حصل الامتزاج، بل يكون بضاعه.

أقول: أما عدم كونه قراضاً، فلأنه لا شيء للعامل، وإنما ربح مال نفسه لنفسه.

وأما عدم كونه شركه، فلأن لازمها عنده كون العمل منهما ولا عمل منهما.

وأما كونه بضاعه، فلأن حصه الشريك يستربحها الشريك للمالك بدون عوض، وقد سبق نحو هذه المسأله فى كتاب المضاربه.

قال فى الجواهر: وبنحو ذلك صرح فى القواعد، لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما فى الشركه، وقد عرفت البحث فيه سابقاً، انتهى.

ص:۱۲۲

وقد نقل عن المبسوط والسرائر والتذكره وجامع المقاصد والمسالک مثل ما ذکره الفاضلان.

وفی هذا الباب مسائل أخر یجدها الطالب فی الشرائع والقواعد وشروحهما، والله المستعان.

ص:۱۲۳

کتاب المضاربه

اشاره

کتاب المضاربه

ص:۱۲۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:١٢٦

کتاب المضاربه

وتسمی قراضاً عند أهل الحجاز، والأول من الضرب، لضرب العامل فی الأرض لتحصیل الربح، والمفاعله باعتبار کون المالک سبباً له والعامل مباشراً.

کتاب المضاربه

تسمی بذلک عند أهل العراق، {وتسمی قِراضاً عند أهل الحجاز} فی الزمان السابق، وإلا فالآن تسمی بهما فی کلا البلدین وفی غیرهما.

{والأول من الضرب، لضرب العامل فی الأرض لتحصیل الربح}، کما قال سبحانه:(وَإذا ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ)((۱))، إذ الذاهب یضرب الأرض برجله.

{والمفاعله} الظاهره فی کون العمل من الطرفین، مع أن المالک لرأس المال لا یضرب فی الأرض، وإنما یعطی النقد ونحوه فقط {باعتبار کون المالک سبباً والعامل مباشراً}، صرح بذلک التذکره والمسالک والجواهر وغیرهم.

وإشکال المستمسک علیهم بأنه لا أصل له، قال: کما یظهر

۱- سوره النساء: الآیه ۱۰۱

من ملاحظه موارد الاستعمال فتقول: طالعت الكتاب، وتابعت زيداً، وباركت له، وناولته الكتاب، وسافرت، وآذيته، وجازفت، إلى غير ذلك ما لا يحصى، كل ذلك لا مشاركه فيه.

إلى أن قال: وأما المفاعله فإنها تقتضى السعى إلى الفعل، فإذا قلت: قتلت، فقد أخبرت عن وقوع القتل، وإذا قلت: قاتلت، كنت قد أخبرت بالسعى إلى القتل، فربما يقع وربما لا يقع، إلى آخر كلامه.

يرد عليه: إن أصله التبادر، وكفى به أصلا، ولذا إذا قال: قتل، كان معناه طرفاً، وإذا قال: قاتل، كان معناه طرفين، أما (قاتلهم الله) فباعتبار أن كلاً من الله وهم يريدون إفناء الطرف الآخر، مثل (يخادعون الله وهو خادعهم) و(مكروا ومكر الله)، إلى غير ذلك.

ولذا كان المقاتله والمغابنه والمناصره والمساهمه والمشاكسه والمداهنه والمجامله والمعامله وغيرها تشمل الطرفين، والأمثله التى ذكرها إن تم كونها لطرف الواحد لم يضر بعد كون التبادر يعطى معنى الطرفين، إذ المذكور فى معنى أبواب المزيد فيه من المعانى المتبادره غالبى لا دائمى، فإن المجاز يصار إليه فى الألفاظ كثيراً.

وقولنا: (إن تم) لأن بعضها له طرفان أيضاً، مثل المتابعه والمناوله وغيرهما، إذ طرفان التابع والمتابع، والمعطى والآخذ، والذى يؤذى ويؤذى، والمطالعه والمباركه والمجازفه باعتبار إعطاء النظر وإعطاء البركه مره فمره، والدخول فى الأمر اعتباطا مره فمره، فهو مثل ما إذا كان له الطرفان، إذ كما يكرر الفعل فى الطرفين، كذلك كرر هنا.

والسعى إلى الفعل لم يظهر له وجه، فهل يفهم من

طالع الكتاب أنه سعى إلى النظر، ومن آوى أنه سعى إلى الإيواء، إلى غير ذلك.

ثم إن المعنيين الآخرين الذين ذكرهما غير واحد من الفقهاء، بأن كلا منهما يضرب الربح بسهمه، أو أنه من الضرب فى المال وتقلبه، فكلاهما محتمل أيضاً، فإن تحصيل الربح نوع من ضربه، وكل منهما يقلب المال.

واحتمل الجواهر معنى رابعاً، وهو أن المالك يضرب فى ربح العامل ويأخذه، والعامل يضرب فى مال المالك ويأخذه للاسترباح.

وهنا احتمال خامس، هو أنهما يصافقان فيضرب كل منهما بيد الآخر عند التعامل.

والسادس هو أنهما يتشاكسان ـ كالتضارب ـ عند تقسيم الربح، من قبيل قولهم: تضارب الأداء، ثم الظاهر أن كلا منهما مضارب بالكسر.

نعم ذكر غير واحد أنه لم يشتق أهل اللغه لرب المال من المضاربه اسماً، لكن ذلك لا يكفى فى العدم، بالإضافه إلى أنه ينتهى أخيراً إلى عدم سماع العرب يستعملون، وذلك أخص من الأمر، حيث إن اشتقاقات الألفاظ لم تسمع كلها من العرب، فهل يكفى ذلك فى عدم استعمالنا لتلك الاشقاقات الوارده على القاعده.

نعم فى السماعات الأمر توقيفى، كما أن الاستعمالات بالنسبه إلى الله تعالى تحتاج إلى الورود، فلا يقال لله: معلّم وزارع ورامٍ، مع أنه استعمل له سبحانه: (علّم)، و(زارعون)، و(رمى).

معنى المضاربه

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: الأولى أن يكون معنى المضاربه

والثانى من القرض بمعنى القطع، لقطع المالك حصه من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به، وعليه العامل مقارَض بالبناء للمفعول، وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل.

مغالبه الناس على أموالهم بالطرق الشرعيه، والعامل هو الذى يقوم بهذه المضاربه دون المالك فتخص المضاربه به.

{والثانى من القرض بمعنى القطع} كما صرح به التذكره والمسالك والجواهر وغيرهم، وهما لفظان مترادفان على معنى واحد، كما نقله مفتاح الكرامه عن المبسوط وفقه القرآن والغنيه والسرائر وغيرهم.

{لقطع المالك حصه من ماله ودفعه إلى العامل ليتجر به} وحيث إنه من باب المفاعله، فاللازم أن يكون الأمر من الطرفين، والطرف الثانى يقطع شيئاً من أرباح المال، أو العامل يقطع ما يأخذه من رأس المال من المالك، والمالك يقطع بعض الربح، إلى غير ذلك.

{وعليه العامل مقارَض بالبناء للمفعول} ومقارِض بالبناء للفاعل، وكذلك المالك لما عرفت من اشتراكهما.

{وعلى الأول مضارِب بالبناء للفاعل} ومضارَب بالبناء للمفعول، ومنه يظهر وجه النظر فى كلام الماتن وغيره.

أما ما ذكره الجواهر من احتمال أن يكون القراض من المقارضه بمعنى المساواه والموازنه، يقال تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، ومنه (قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك) بمعنى ساوهم فيما

وكيف كان عباره عن دفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما

يقولون ويعلمون. ولما كان العمل من العامل، والمال من المالك، فقد تساويا وتوازنا، انتهى.

فغير ظاهر الوجه، فإن القراض ليس بمعنى المساواه، وتقارض الشاعرين أخذ كل منهما من الآخر قريضاً، ومعنى (قارض الناس) عاملهم، أى خذ منهم كما يأخذون منك، ويدل عليه (لم يتركوك)، أى هم يأخذون منك على أى حال، إذاً فخذ منهم أيضاً.

{وكيف كان} فالمضاربه {عباره عن دفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتجر به على أن يكون الربح بينهما} بالنسبه، تفسير المضاربه بالدفع كما عن النافع والتذكره وفى المسالك وغيره فيه نوع مسامحه، كما نبه عليه المستمسک، لأن المضاربه من الإنشاءات والدفع أمر خارجى، ولعل المجاز بعلاقه السبب والمسبب، اللهم إلّا أن يقال: إن الدفع للاتجار حقيقه المضاربه، إذ للاتجار مشتمل على معنى القصد فهو من قبيل المعاملات.

نعم يبقى عليه أنه لم يذكر فى التعريف عقد المضاربه، مع أنها كسائر المعاملات قد تنعقد بالمعاطاه، وقد تنقعد بالعقد، أما فى تعليقه السيد البرجردى (رحمه الله) حيث قال: (وحقيقتها فى اعتبار الناس اشتراک شخصين فى التجاره على أن يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل، ويكون سهم الربح للمال وسهم منه للعمل، فليس فيها تعويض، ولا جعل حق للمالك على رقبه العامل، ولا للعامل على مال المالك).

لا ـ أن يكون تمام الربح للمالك، ولا ـ أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك أن من دفع مالاً إلى غيره للتجاره تارةً على أن يكون الربح بينهما وهى مضاربه، وتاره على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصده

ففيه: موارد للمسامحه، حيث لا حاجه إلى (اعتبار الناس)، كما ليست المضاربه الشرط، والسهمان للمتضاربين لا للمال والعمل.

ثم ما يأتى من المصنف فى الشرط الثانى من اختيار صحه المضاربه مع كون المال بيد المالك فيتصدى العامل للمعامله فقط، لا ينافى ما ذكره هنا من الدفع، إذ ليس المراد الدفع شخصاً، بل اعتبار إعطاء الاختيار بيد العامل، وإلا فليس كل عامل يتصرف فى المال.

{لا أن يكون تمام الربح للمالك، ولا أن يكون تمامه للعامل، وتوضيح ذلك} كما ذكره الشرائع والتذكره والمسالك والجواهر وغيرهم: {أن من دفع مالاً إلى غيره للتجاره} يكون الدفع {تارةً على أن يكون الربح بينهما وهى مضاربه، وتاره على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل فى عنوان القرض إن كان بقصده}، هذا القيد لم يتعرض له الشرائع والتذكره والمسالك، وأشكل عليه الجواهر بمنع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربه، إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد، لا أنها من القرض المحتاج إلى إنشاء تمليك المال بعوض فى الذمه، وقصد كون الربح للعامل أعم من ذلك، وإنما هو من اللوازم الشرعيه لملك المال، ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك فى تحققه لفحوى

ص:١٣٢

الصحیح، عن أبی جعفر (علیه السلام)، عن أمیر المؤمنین (علیه السلام): «من ضمن تاجراً فلیس له إلّا رأس ماله ولیس من الربح شیء»((1)).

والموثق، عن أبی جعفر (علیه السلام): «من ضمن مضاربه فلیس له إلّا رأس المال، ولیس له من الربح شیء فیها»((2)).

لزوم الاقتصار علی ذلک فی ما خالف الضوابط الشرعیه، ونمنع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلک، وأصاله الصحه لا تکون فی المعلوم خلوه عن هذا القصد، ویمکن إراده الفاضل والشهید بیان حال کل من القراض والقرض، والبضاعه فی حد ذاته، وحینئذ یخرج عما نحن فیه، انتهی ملخصاً.

أقول: الظاهر أن القرض عباره عن دفع المال بدون توقع أن یکون الربح للمالک وعدم تحمل الضرر، إذ لیس القرض غیر ذلک، ولا دلیل علی أن یشترط فی القرض القصد الخاص، فکلامهم لا یخلو من وجه.

أما التهافت بین قصد المضاربه وکون الشیء قرضاً، فهو من باب التنافی بین الإشاره والوصف، فإن أراد حقیقه أن یکون المال عنده یتصرف فیه والربح له، کان قرضاً ولم یضر قصده کونه مضاربه، إذ لم یکن هذا القصد إلّا من باب الاشتباه فی التطبیق، وإن أراد حقیقه کونه مضاربه، کان مضاربه فاسده

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۶۸ الباب۴ من أبواب أحکام المضاربه ح۱

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۶۸ الباب۴ من أبواب أحکام المضاربه ح۱

وتاره على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعه، وتاره لا يشترطان شيئاً،

إذ هو كما لو قصد نكاحاً لا يوجب المحرميه، حيث إن عدم شيء للمالك ينافى مقتضى العقد.

{وتاره على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم باسم البضاعه} وسيأتى الكلام فيه.

{وتاره لا يشترطان شيئاً} من الأقسام الثلاثه السابقه، ولو فى النيه، إذ لو كان بناؤهما المبنى عليه الإعطاء أحد الثلاثه، كان داخلًا فى الشيء المبنى عليه.

ولم يذكر المنصف قسماً آخر، وهو ما لو ذكرا كون الربح لشخص ثالث، أو أمر آخر كالمسجد، أو بعضه لأحدهما وبعضه للثالث، أو جعلا الربح لهما أو لأحدهما والثالث بالتقدير لا النسبه، كما لو علما أن الربح يزيد على عشرين فى المائه، فقال: للمالك عشره، والباقى للعامل، أو للشخص الثالث.

والظاهر فى الكل أنه إن كان هناك نص أو إجماع على البطلان فهو باطل، ويرجع فى الربح على مقتضى الأصول الأوليه، وإلا كان مقتضى القاعده الصحه، حيث ذكرنا فى بعض المجلدات الفقه أن الأصل فى كل معامله لم يذكر الشارع بطلانها الصحه، لإطلاق (أوفوا بالعقود)((١)) ونحوه.

١- سوره المائده: الآيه ١

وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل فى عنوان البضاعه، وعليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله

{وعلى هـذا} الـذى لم يشترطا شـيئاً {أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل فى عنوان البضاعه} فإن المالك أعطاه بضاعه {وعليهما يستحق العامل أجره المثل لعمله}.

أقول: أما الأول، بأن كان الشـرط أن يكون تمام الربح للمالك، فظاهر جمله من الفقهاء كالتذكره والمسالك عدم شيء للعامل، بـل فى الريـاض نسـبه إلى ظاهر الأصـحاب، ثم قال: (وهو حسن إن لم يكن هناك قرينه من عرف أو عاده بلزومه، وإلا فالمتجه لزومه) انتهى.

ومـا ذكروا هو الـذى تقتضـيه القاعـده، إذا كـان المقصود للعامـل إسـقاط حرمه عمله، لأـن العامل أسـقط احترام عمله، فلا وجه لاستحقاقه شيئاً.

ومـا ذكره الجواهر من أن التصـريح منهما بكون الربـح بأجمعه للمالك أعم من التبرع بالعمل، وعـدم إراده الأجر عليه، فالتحقيق أن العامـل يسـتحق الأـجر، غير ظـاهر الوجه، إذ لولا العرف والعاده حتى يجعل العمل غير مجانى، لا وجه لأجره المثل فى صوره كون معنى إسقاط الربح للعامل إسقاط كل حق له.

وإن شـئت قلت: إن المـال والعمـل معـاً جـاءا بالربـح، فهو مشترك بينهمـا، إلاّـ إذا أعطى المالـك ربحه للعامل، أو العامل ربحه للمالـك، والعرف والعـاده إنما يفيـدان فى عالم الإثبات لا عالم الثبوت، فإذا كان بناء أحـدهما على العرف والعاده، كان العرف والعاده محكماً بالنسبه إليه، وإلا فالمعتبر القصد، فإذا أسقط العامل حقه لا وجه لحق له، كما أن المال كذلك فى المالك.

ومنه يعلم أن جعل تمام الربح للمالك له ثلاث صور:

إلا أن يشترطا عـدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع، ومع عدم الشـرط وعدم قصد التبرع أيضاً له أن يطالب الأجره، إلّا أن يكون الظاهر منهما فى مثله عدم أخذ الأجره،

الأولى: إن له أجره المثل.

الثانيه: أن لا حق له.

الثالثه: عـدم قصـد شـىء، وفى هذا الصوره مقتضـى القاعده أن يكون للعامل أجره المثل، لأنه لم يسـقط احترام عمله، ولعله إلى هـذا يشـير المسـتمسک، حيث قـال: (استيفـاء عمل الغير موجب للضـمان كاستيفاء ماله حتى مع احتمال التبرع مالم يثبت التبرع، وعلى ذلک استقرت طريقه العرف والعقلاء بلا رادع عنها) انتهى.

ومنه يعلم أن جعـل الريـاض الأصـل عـدم ضـمان عمـل العامـل على المالـک مع احتمـال التبرع، وقـد سـبقه إلى ذلـک المحقق الأردبيلى على ما حكى عنه، محل إشكال.

ومما تقدم يعلم وجه قول المصـنف: {إلا أن يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع، و} عليه فـ_ {مع عدم الشرط} لعدم الأـجره {وعـدم قصـد التـبرع} من العامـل {أيضـاً له أن يطلب الأـجره} أى له الأـجره فيطلبهـا، لوضـوح أن حق الأـجره يوجب الضمان، طلبها أو لم يطلبها.

{إلا أن يكون الظاهر منهما}، الظاهر الـذى بنيا عليه، لما تقدم من أن الظهور فى عالم الإثبات والكلام فى عالم الثبوت {فى مثله عدم أخذ الأجره}.

ومنه يعلم أن الاعتبار بقصد العامل، سواء قصد المالک ذلک أم لا، فإذا قصد

وإلاّ فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع

التبرع كفى فى العدم وإن قصد المالك الأجره، وإذا قصد الأجره لم ينفع قصد المالك عدمها، فقول المصنف: {الظاهر منهما} فيه نوع مسامحه.

{وإلاّ فعمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع} استدل بذلك الجواهر، ويدل على احترام عمل المسلم قوله (عليه السلام): «لا يتوى حق امرئ مسلم»((1))

وقوله (عليه السلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل».

ويعلم أن حق كل أحد محترم ولو لم يكن مسلماً إذا كان فى ذمه الإسلام أو محايداً، بالإضافه إلى أنه المركوز فى أذهان المتشرعه والسيره: أنه مقتضى احترام أنفسهم وأموالهم وأعراضهم الذى أجمع عليه النص والفتوى، كما ذكرناه فى كتاب الجهاد وغيره.

لكن لا يخفى أن عمله محترم إذا كان بسبب طلب الذى عمل له، أو كان له أثر مالى فى الخارج، مثلًا طلب منه أن يبنى داره، أو بنى داره بغير طلب مما صارت للبناء قيمه جديده غير قيمه الأرض وآلات البناء.

أما إذا لم يكن أحد الأمرين، لم يكن وجه لضمان المالك، كما إذا عمل شيئاً بدون إذنه، ولم تكن له القيمه خارجاً، كما إذا صبغ ثوبه بما لم يزد التصبيغ قيمته، ذلك لأن «لا يتوى» ونحوه لا يأتى فى المقام، ولا دليل آخر على أن مثل هذا العمل محترم، فالأصل البراءه.

نعم إن قال له: اصبغ، كان له أجر عمله، أو كان التصبيغ يوجب مزيد القيمه.

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ من أبواب نوادر الشهادات ح١

ويشترط فى المضاربه الإيجاب والقبول

{ما لم يقصد التبرع}، ثم لا ـ يخفى أن قصد التبرع إنما يسقط أجره إذا كان له ذلك، أما إذا كان دون البلوغ لم يكن وجه لسقوط الأجره بقصده، إذ لا حق للطفل فى التصرف فى أمواله، فدليل الحجر يشمل المقام.

{ويشترط فى المضاربه الإيجاب والقبول} وذلك لأنه عقد، والعقد بحاجه إليهما، بخلاف الإيقاع الذى لا يحتاج إلاّ إلى طرف واحد.

ومن الواضح أن العقد إنما يكون إذا كانت هناك ولايتان كالنكاح والبيع والهبه، لأن لكل من الطرفين ولايه التصرف فى نفسه فى النكاح، وولايه التصرف فى ماله بأن يدخل فى ملكه أو يخرج من ملكه فى البيع والهبه، فإن دخول شىء فى ملك الإنسان بدون إجازته كخروجه بدون إجازته خلاف قاعده: «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»((١)).

أما الإبراء فليس دخول الشىء فى ملك من كان فى ذمته، بل نوع إعراض من المالك، يتبعه سقوط قهرى، فلا ينافى ذلك قاعده التسلط.

ومنه يعلم أن احتياج المضاربه إلى الإيجاب والقبول ليس مستنداً إلى الإجماع، وإن ادعى الإجماع عليه، بل مستند إلى القاعده.

أما هل أنه يصح أن يوجب كل منهما فى قبال قبول الآخر، أو اللازم إيجاب المالك، وقبول العامل، ظاهرهم المتسالم عليه، كما يستفاد من كلماتهم الثانى، وإن كان لا يبعد الأول أيضاً، لأن الأمر إعطاء أحدهما المال والآخر العمل ويكون لهما الربح، وأى دليل على أن

١- البحار: ج٢ ص٢٧٣

ويكفى فيهما كل دال قولاً أو فعلاً

يكون الإيجاب من المالك، بل نقول مثل ذلك فى كثير من المعاملات وحتى النكاح ـ إن لم يكن إجماع أو دليل قطعى ـ يصح إيجابه من أى منهما، لأن كلًا منهما يعطى نفسه فى قبال الآخر.

ويؤيد صحه هبه المسلمه نفسها للنبى (صلى الله عليه وآله وسلم)، فإنه إيجاب منها، وقبول منه (صلى الله عليه وآله وسلم)((١)).

نعم يمكن فرض الإيقاع فى نكاح صغيرين من ولى واحد لهما، أو بيع مال صغيرين أو مضاربه مال وعمل سفيهين من ولى واحد لهما، حيث إن الولى يجعل هذه زوجه هذا، أو يجعل مال هذا فى قبال مال هذا، أو يجعل شيئاً من ربح مال أحدهما فى قبال عمل الآخر، إلى غير ذلك، كما نبه عليه المستمسك، ثم قال: (بل الوكيل على التزويج من الطرفين كذلك، نعم إذا كان وكيلًا عن أحدهما على الإيجاب، ومن الآخر على القبول تعيّن الإيجاب والقبول معا).

وفيه تأمل، حيث إن الوكيل منهما ينحل أمره إلى أن يوجب من طرف ويقبل من الآخر، اللهم إلّا أن يقال: يصح إيقاع واحد يجعلهما زوجين، وهذا وإن أمكن باعتبار العقلاء إلّا أنه مشكل فى باب الزواج المبنى على الاحتياط.

{ويكفى فيهما كل دال قولاً أو فعلًا} وذلك لعدم دليل على لزوم اللفظ ، فالأصل عدمه، كما هو كذلك فى كل عقد أو ايقاع لم يدل على لزوم اللفظ فيه دليل، كما ذكروه فى باب المعاطاه، وإنما كان الأصل صحه الفعل أيضاً، لأن كلًا من

١- انضر القمى: ج٢ص١٥٩ ذيل الآيه ٥٠ من سوره الأحزاب

اللفظ والفعل إشاره إلى ما فى الباطن، فلا فرق بينهما.

لكن ظاهر الرياض لزوم أن يكون الإيجاب باللفظ، لأنه قال: (ومن لوازم جوازها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه، وفى اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه بالفعل أيضاً قولان) انتهى.

لكن هذا غير تام، فقد قال فى مفتاح الكرامه: (ومعنى ما فى المبسوط وفقه الراوندى والوسيله والغنيه والنافع والتبصره واللمعه والروض والروضه والمفاتيح، وكذا النهايه من قولهم إن القراض والمضاربه أن يدفع مالاً ـ إلى غيره، إلى آخره، فإن فيه تنبيهاً على أنه لا ـ يختص لفظاً، بل قد يقضى ذلك بأنه لا يحتاج إلى اللفظ، ويكفى فيها المعاطاه، ولا ريب عندنا فى جريانها فيها) انتهى كلامه.

وصاحب الجواهر مال إلى جريان المعاطاه فيها، لإطلاق ما دل على صحه المعاطاه فى البيع، لكنه بعد ذلك قال: (وعلى كل حال، فلا ـ خلاف فى اعتبار اللفظ فى إيجاب عقدها، ولذا قال فى المستمسك: إن العمومات كافيه فى رفع الأصل والمنع عن جريانه).

أقول: ومما ذكر فى الإيجاب يظهر الكلام فى القبول، ولذا نجد أن غير واحد من معلقى المتن لم يعلقوا على قول المصنف: {قولاً أو فعلاً}، بل لم أجد فيهم على كثرتهم حتى واحداً استشكل فى كفايه القول، بل الظاهر أن من الفعل استمراره، كما إذا جلس العامل لتقبل المضاربات فجاءت جماعه كل منهم يعطيه

والإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت.

ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ والعقل والاختيار

ديناراً للمضاربه يوضعه فى صندوقه الذى أمامه، فإنه فعل أيضاً، سواء قلنا بتجدد الأكوان أم لا.

{والإيجاب القولى كأن يقول: ضاربتك على كذا، وما يفيد هذا المعنى} وفى القواعد: قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك.

أقول: وليس مراده هذه الألفاظ فقط، لأنه قال فى التذكره بعد أن ذكرها: ولا يختص الإيجاب لفظاً كما حكى كذلك عن المهذب البارع والتحرير والتنقيح وغيرهم.

{فيقول: قبلت} وحيث قد تقدم أن المضاربه من الطرفين، كان مقتضى القاعده صحه أن يقول هذه الألفاظ العامل أيضاً، ويقبل المالك، وإذ قلنا فى البيع بصحه التبادل بدون أن يكون أحدهما موجباً والآخر قابلاً، أتى ذلك الكلام فى المقام أيضاً، فكلاهما موجبان.

{ويشترط فيها أيضاً بعد البلوغ} المقطوع به فى كلماتهم، الدال عليه ما ذكروه فى كتاب الحجر وغيره من أنه لا يجوز أمر الغلام، لكن ربما يورد على ذلك صحه تصرفات الغلام فى الجمله، وقد ذكرنا وجهه فى بعض المجلدات الفقه.

وعليه فلا يبعد صحه جعله عاملاً بل ومالكاً بإجازه المولى فى الجمله، فيما كان يعمل العمل ونحوه، ولذا ذهب بعض إلى كراهه معامله الصبيان.

{والعقل} المشترط فى كل المعاملات نصاً أو إجماعاً.

{والاختيار} فإن معامله المكرَه باطله، كما ذكروا فى كتاب الحجر والبيع

وعدم الحجر لفلس أو جنون، أمور:

الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعه ولا بالدين

وغيرهما، نعم الاضطرار ــ الذى يقابل بالاختيار أيضاً ــ لا ـ يبطل العمل، وقد ذكرنا فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) بحثاً حول الاضطرار الأجوائى.

{وعدم الحجر لفلس} فى المالك، أما العامل فلا مانع فى حجره.

{أو جنون} كأنه من سهو القلم بدل أو (سفه) لأنه محجور عليه، لوضوح أن الجنون ذكر قبل ذلك، وهل يشترط عدم السفه فى العامل، كما قال به المستمسك، وعلله بعدم الفرق فى حجر السفيه بين أن يكون المال عيناً أو عملًا، أو لا يشترط، كما قال به بعض المعلقين، لأن ظاهر أدله السفه منعه عن ماله، لا عن عمله، كما قال سبحانه:(وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمْ)((۱))، والعمل لا يسمى مالا، احتمالان، الإطلاق يقتضى الثانى، والمناط الأول.

{أمور، الأول: أن يكون رأس المال عيناً، فلا تصح بالمنفعه ولا بالدين} ذكر ذلك غير واحد، بل عن التذكره وجامع المقاصد وغيرهما، كما فى المسالك والرياض والجواهر وغيرهم، دعوى الإجماع، أو الاتفاق، أو لا خلاف عليه.

لكن فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه (أن يكون نقداً): (أى دراهم أو دنانير، كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا إشكال إلاّ ـ من مولانا الأردبيلى، وقد ظهر ذلك من الكاشانى، نعم خلت منه المقنعه والمراسم والنهايه والكافى، ولعلهم ليسوا مخالفين، كما خلى المقنع والانتصار عن

۱- سوره النساء: الآيه ۵

الباب بالکلیه) انتهی.

ومن ذلک یظهر أن اکتفاء الجواهر بالإجماع فی اعتبار کون المال عیناً وکونه دراهم ودنانیر، بعد إشکاله فی سائر الأدله المذکوره لذلک، غیر ظاهر.

إذ قد عرفت عدم الإجماع، نعم لا شبهه أنه مشهور، وعلیه فالأدله علی الصحه بالنسبه إلی المنفعه والدین بله غیرهم الدرهم والدنیار من النقد وغیره إطلاقات الأدله، مثل: (أوفوا بالعقود)، و(تجاره عن تراض)، وإطلاقات أدله المضاربه، بعد تحقق موضوع العقد والتجاره والمضاربه عرفاً فی کل ذلک.

أما الأدله التی استدل بها القائل بالمنع من أصاله الفساد وأصاله عدم الأثر والقدر والمتیقن، وأن الآیتین تدلان علی الصحه، لا علی کونها مضاربه، والإطلاقات غیر الوارده فی مقام البیان من هذه الجهه، کما فی الریاض وغیره، فلا یخفی ما فی الجمیع.

لأن الأصل والقدر المتیقن لا مجال لهما مع الأدله، وإذا صدق موضوع المضاربه عرفاً لا وجه لمنع دلاله الآیتین، والإطلاق إطلاق فمن أین عدم شموله لمثل المقام، وإلا لتمکن کل مانع عن أی إطلاق أن یقول لیس الإطلاق من هذه الجهه.

نعم فی المقام روایه یمکن أن یستدل بها المانع عن جعل الدین رأس المال، وهی: ما رواه السکونی ــ حسب ما رواه المشایخ الثلاثه ــ عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل له علی رجل مال

شروط المضاربه

إلاـ بعـد قبضه، ولو أذن للعامـل فى قبضه ما لم يجـدد العقـد بعـد القبض، نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه

فيتقاضاه ولا يكون عنده، فيقول هو عندك مضاربه، قال: «لا يصلح حتى تقبضه منه»((١)).

حيث دل على عـدم صـحه جعـل الـدين رأس المـال فى المضـاربه، لكن هـذه الروايه، وإن كان سـندها حجه، إلّا أن فى دلالتها ضعف، حيث إن ظاهر (لا يكون عنـده) أنه لا رأس المال، ومن المعلوم لا تصح المضاربه بدون رأس المال، فيكون معنى (حتى تقبضه منه) أن يجعل المال خارجياً، وهـذا لا ربط له بعدم صـحه جعل الدين رأس مال، كما إذا طلب زيد من عمرو ديناراً فقال له: اجعله رأس المال ولى نصف الربح.

لا يقال: وإذا كان المديون لم يملك كيف يطلب منه الدائن المضاربه.

لأنه يقال: لا بد من إرادته إعطاء شىء ربحاً للدين، فيكون شبيهاً بالربا، فعدم جعل الدين مضاربه {إلّا بعد قبضه} محل إشكال.

أما قوله المصنف: {ولو أذن للعامل فى قبضه مالم يجدد العقد بعد القبض} فوجهه أنه لا يصح العقد قبل القبض، على مبناهم.

{نعم لو وكله على القبض والإيجاب من طرف المالك والقبول منه} أى

١- الوسائل: ج١٣ص١٨٧ الباب ۵ من أبواب أحكام المضاربه ح١

بأن يكون موجباً قابلاً صح، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصح جعله قراضاً، إلاّ أن يوكله فى تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولى الطرفين.

وقبل بعد إيجابه الوكالى، فإنه لا يصح عطف (والقبول) على (الإيجاب)، لأن القبول ليس من متعلقات (وكّله).

{بأن يكون موجباً قابلاً صح} لأن رأس المال صار عيناً حينئذ، فإن إطلاقات أدله الوكاله تشمله.

{وكذا لو كان له على العامل دين}، من أى أنواع الدين كان من جهه الغضب أو الإتلاف أوغير ذلك، {لم يصح جعله قراضاً} عند المشهور، {إلاـ أن يوكله فى تعيينه، ثم إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولى} العامل {الطرفين} أو بنحو التوكيل عن مالك رأس المال، أو عن نفسه، فيكون العامل متولياً لأحد الطرفين، أو يوكل إنساناً ثالثاً عنهما، أو إنسانين.

ثم إن المالك لو قال له: اجعل الدين عيناً أول الشهر واجعله مضاربه على النصف، فلم يجعله أول الشهر، فيما لو جعله كذلك لكان ربح ديناراً، فقد فوّت المديون نصف ديناراً على المالك، حيث إنه لو أعطاه ماله أعطاه المالك إلى عامل آخر وحصل نصف الدينار، فهل يضمن العامل ذلك؟

بناؤهم على عدم الضمان للأصل، لكن يمكن احتمال الضمان فى أمثال هذه الموارد، لأنه فوّت حقه

الثانی: أن یکون من الذهب أو الفضه المسکوکین بسکه المعامله، بأن یکون درهماً أو دیناراً، فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض، بلا خلاف بینهم، وإن لم یکن علیه دلیل سوی الإجماع

عرفاً، وقد ورد «لا یتوی حق امرئ مسلم»((۱))، والمستفاد منه الضمان لا ـ مجرد التکلیف، وأی فرق بین المقام وبین استیلاء الغاصب علی داره، حیث فوّت علیه منافعها، وقد ذکر بعضهم فی کتاب الغصب الضمان بالنسبه إلی ما لو استولی علی إنسان حر ففوّت منافعه.

{الثانی} من شروط القراض {أن یکون} رأس المال {من الذهب أو الفضه المسکوکین بسکه المعامله، بأن یکون درهماً أو دیناراً} وإن کان ظاهرهم کل سکه فضه أو ذهب وإن لم یکونا بعنوان الدرهم والدینار، {فلا تصح بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بینهم، وإن لم یکن علیه دلیل سوی الإجماع}.

ادعی لا ـ خلاف أو الاتفاق أو الإجماع علیه التذکره والروضه والمسالک والمفاتیح وجامع المقاصد، وفی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه، إلی غیرهم.

وربما استدل له أیضاً بما فی بعض الروایات من ذکر الدرهم، مثل روایه عبد الملک: «أعط الرجل ألف درهم أقرضها إیاه، وأعطه عشرین درهماً یعمل بالمال کله»((۲)).

وروایته الأخری: «إذا دفعت المال وهو خمسون ألفاً، علیک من هذا المال عشره آلاف درهم قرض، والباقی معک تشتری لی بها»((۳)).

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ الباب من أابواب نوادر الشهادات ح۵
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۴ح۱
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۴ ح۴

نعم تأمل فيه بعضهم وهو فى محله، لشمول العمومات، إلّا أن يتحقق الإجماع وليس ببعيد فلا يترک الاحتياط.

{نعم تأمل فيه بعضهم}، فقد تقدم فى الشرط الأول إشکال جمع وسکوت آخرين، وقال فى الحدائق: (إن من لا يلتفت إلى دعوى مثل هذه الإجماعات لعدم ثبوت کونها دليلاً شرعياً، فإنه لا منع عنده من الحکم بالجواز فى غير النقدين نظراً إلى عموم الأدله على جوازه، وتخصيصها يحتاج إلى دليل شرعى وليس فليس).

والدليلان المتقدمان لا يخفى ما فيهما، إذ لا إجماع صغر، ولا حجيه فيه _ لو کان _ کبرى، لاحتماله الاستناد، حيث قد عرفت عدم تعرض جمله من الفقهاء لهذا الشرط، بل لعل ظاهر الخلاف وغيره أن المسأله ليست إجماعيه، لأنهم تمسکوا بعدم الدليل على الصحه دون الإجماع، وإنما ادعوا الإجماع وعدم الخلاف فى صحه مضاربه الدرهم والدينار.

أما الروايات فلا دليل فيها، لأنها من مفهوم اللقب، بل ربما يؤيد صحه غير الدرهم والدينار: أن البضاعه کانت الرائجه فى زمن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم)، وعباس عمه (صلى الله عليه وآله وسلم) کان يضارب([1])، کما فى الروايات وصححها رسول الله (صلى الله عليه آله وسلم) مما يستأنس له بکون مضاربته أعم من النقد، وإن کان فى الاستيناس ما فيه.

وکيف کان، فمنه يعلم وجه قول المصنف: {وهو فى محله، لشمول العمومات} والإشکال فيها قد تقدم دفعه {إلا أن يتحقق الإجماع، وليس ببعيد فلا يترک الاحتياط}

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب۱ من أبواب أحکام المضاربه ح۷

ولا بأس بکونه من المغشوش الذی یعامل به،

لکنک قد عرفت عدم الإجماع، ولذا ذهب غیر واحد من المعاصرین إلی جوازه، وما فی المستمسک من (أن مراد الأصحاب إن کان عدم صحه المضاربه بغیر الدینار والدرهم، فهو فی محله، للأصل بعد عدم کون المعامله حینئذ مضاربه عند العرف، ولا حاجه إلی دعوی الإجماع فی ذلک، وإن کان مرادهم عدم الصحه أصلاً، ولو بعنوان المضاربه فهو غیر ظاهر، ولم یثبت إجماعهم علیه کما عرفت ذلک فی اشتراط السابق) انتهی.

یرد علیه أن المعامله مضاربه عرفاً، وإن صح کلامه بأنه تثبت المعامله إن لم تصح المضاربه، لما ألمعنا إلیه غیر مره من أنه لا دلیل علی حصر المعاملات فی المذکورات فی الروایات وکتب الفقه، لإطلاق الأدله.

{و} کیف کان ف_ {لا بأس بکونه من المغشوش الذی یعامل به} کما عن إطلاق فقه الراوندی والنافع واللمعه والتبصره والروضه والکفایه وغیرهم، حیث أطلقوا الدرهم والدینار، ولم یقیدوها بالصحه ونحوها. خلافاً لمن قال بعدم صحه المضاربه بالمغشوشه، کما حکی عن الخلاف والمبسوط والوسیله والغنیه والسرائر وجامع الشرئع، وجمله من کتب العلامه، والروض والمسالک.

وفصل التذکره وجامع المقاصد والمسالک ومجمع البرهان _ علی ما حکی _ بین ما لا یتعامل به من المغشوش فلا یصح، وبین ما یتعامل به فیصح.

وفی مفتاح الکرامه: إن کلام القدماء خال عن هذا القید، وحیث قد عرفت أن مبنی مشترط أن یکون درهماً أو دیناراً صدق الاسم، فهو المعیار وإن کان مغشوشاً، ولذا تجب فیهما الزکاه، کما ذکر ذلک فی الجواهر.

ص:۱۴۸

مثل الشاميات والقمری ونحوها.

نعم، لو کان مغشوشاً یجب کسره بأن کان قلباً لم یصحّ وإن کان له قیمه فهو مثل الفلوس.

نعم إذا کان الغش بحیث یسلب صدق الذهب والفضه لغلبته الخلیط لم تصح المضاربه، لعدم الصدق، کما صرح بذلک المستمسک، ولعل المصنف إنما قال (یعامل به) لأجل بیان ما ذکرناه.

أما قوله: {مثل الشامیات والقمری ونحوها} فلا یهم التکلم حولها بعد انتفاء الموضوع فی الحال الحاضر.

{نعم لو کان مغشوشاً یجب کسره إن کان قلباً} بأن لم یکن حقیقه الذهب والفضه، بل کان مشبهاً بهما، مما یوجب خداع الناس، ولذا وجب کسره، {لم یصح} إذ لیس ذهباً ولا ـ فضهً {وإن کان له قیمه} باعتبار صورته، إذ لا ـ عبره بالقیمه وإلا فالعروض أیضاً له قیمته.

{فهو مثل الفلوس} المصنوع من الحدید أو النیکل، حیث لا تصح مضاربتها وإن کانت له قیمه، وقد صرح بعدم صحه المضاربه بالفلوس، الخلاف والمبسوط والغنیه والسرائر والشرائع والتحریر والمسالک وغیرهم، بل عن التذکره عند علمائنا، کما نقل عنهم مفتاح الکرامه وغیره.

ثم إن وجوب الکسر ذکر فی بعض الروایات، مثل: خبر المفضّل بن عمر الجعفی، المروّی عن الشیخ، قال: کنت عند أبی عبد الله (علیه السلام) فألقی بین یدیه دراهم، فألقی إلیّ درهماً منها فقال: «أی شیء هذا»، فقلت: ستوق، فقال: «وما الستوق»، فقلت: طبقتین فضه وطبقه من نحاس وطبقه

من فضه، فقال (علیه السلام): «اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا ولا إنفاقه»((1)).

قال في الوسائل: (هذا محمول على كونه غير معلوم الصرف ولا جائزاً بين الناس فلا يجوز إنفاقه، إلاّ أن يبين حاله، ذكره الشيخ وغيره، ويحتمل الحمل على الكراهه)((2)).

أقول: وكأنه لذا قال الجواهر: الظاهر عدم وجوب الكسر وإن نص عليه في الخبر السابق، إلاّ أني لم أجد من أفتى به بل والفتوى وباقي النصوص على خلافه.

ثم الظاهر إن الكسر كنايه عن عدم جواز الانتفاع به، فيما كان غشاً للطرف الآخر، أو كان غبناً، أما إذا لم يكن أحدهما جاز الانتفاع لعدم دليل على العدم، بل يشمله إطلاقات أدله التعامل، وهذه الروايه لا بد من حملها على الكراهه، أو على صوره عدم الجواز، لبعض الروايات الآخر الداله على الجواز.

مثل صحيح محمد بن مسلم، قلت لأبي عبد الله (علیه السلام): الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعها، قال (علیه السلام): «إذا بين للناس ذلك فلا بأس»((3)).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (علیه السلام) قال: جاءه رجل من أهل

1- الوسائل: ج12 ص473 الباب 10 من أبواب الصرف ح5
2- الوسائل: ج12 ص473 الباب 10 من أبواب الصرف ح5
3- الوسائل: ج12 ص473 الباب 10 من أبواب الصرف ح2

ولو قال للعامل: بع هذه السلعه وخذ ثمنها قراضاً، لم يصّح إلاّ أن يوكله فی تجديد العقد عليه بعد أن نض ثمنه.

الثالث: أن يكون معلوماً قدراً ووصفاً

سجستان، فقال له: إن عندنا دراهم يقال لها الشاهيه يحمل على الدرهم دانقين، فقال: «لا بأس إذا كانت تجوز»((1)).

إلى غيرهما مما ذكروه فی باب الصرف، وعليه يشكل الكسر إذا كان إسرافاً، فالحمل على الكراهه فی الروايه السابقه محل نظر.

{ولو قال للعامل: بع هذه السلعه} بالدينار أو الدرهم {وخذ ثمنها قراضاً، لم يصح} لفقد الشرط الأول كما فی المستمسک، {إلا أن يوكله فی تجديد العقل عليه بعد أن نض ثمنه} إلاّ أن يقال: لا يحتاج إلى تجديد العقد فإن مثل الكلام السابق وكاله فی إجراء المعاطاه، وعلى هذا فالأقوى كفايه مثل الكلام المتقدم.

{الثالث} من شروط رأس المال {أن يكون معلوماً قدراً ووصفاً} على المشهور، قال فی المفتاح الكرامه عند قول العلامه: {فلا تصح عل المجهول قدره}: بلا خلاف إلاّ من المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعه، وكذا مجمع البرهان، وقد يظهر ذلک مما ترک فيه اشتراط ذلک، كالمهذب والغنيه والسرائر وغيرها.

ثم إن المشهور الذين قالوا بالاشتراط استدل لهم بالأصل، وبعدم صدق

1- الوسائل: ج12 ص473 الباب 10 من أبواب الصرف ح6

ولا تكفى المشاهده وإن زال به معظم الغرر.

المضاربه، وبما ورد من أن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) نهى عن الغرر((1)).

{و} عليه {لا تكفى المشاهـده وإن زال بها معظم الغرر}، فقـد حكى عن المبسوط الاكتفاء فى جواز المضاربه بالمشاهده لزوال معظم الغرر، وأشـكل عليه بـأن بقـاء بعض الغرر غرر، فيشـمله النهى، وردّ بـأن مراد الشـيخ أن مـا يبقى لا يسـمى غرراً عرفاً حتى يشمله النهى المتقدم.

وكيف كان، فالظاهر عـدم هـذا الشـرط، لإطلاق أدله المضاربه بعـد صـدق المضاربه، والاسـتدلالات المـذكوره غير تامه، إذ لو أريـد بالأصل أصاله عـدم كونه مضاربه فلا مجال للأصل بعـد صـدقها عرفاً، ولو أريـد أصاله الفساد وعدم ترتب الأثر، ففيه: إن الإطلاق مانع عن الأصل، وبذلك يعرف عدم تماميه كونها ليست مضاربه.

وأمـا الحـديث، ففيه بعـد تسـليم السـند ولو بمعونه الشـهره الجـابره، أنه لاـ نسـلم صـدق الغرر فى كل مورد، فالـدليل أخص من المدعى، ولذا قال فى الجواهر: (والتحقيق إن لم يكن ثم إجماع عدم قدح الجهاله التى تؤول إلى علم، نحو أن يقع العقد على ما فى الكيس مثلاً ثم يعـدّانه بعـد ذلك، لإطلاق الأدله أو عمومها. أما الجهاله التى لا تؤول إلى علم، فالظاهر عـدم جوازها، لعـدم إمكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعامله) انتهى.

وإن كان يرد على شقه الثانى أولاً: بإمكان تحقق الربح، فإنه إذا لم يعلم كم

1- الوسائل:ج13 ص266 الباب 1 من أبواب لا يجوز بيع ما يضربه الصياد ح13

الرابع: أن يكون معيناً

فى الكيس، واشترى بكل دينار منه كتاباً ثم باع كل كتاب بدينار وربع ظهر الربح، وأنه خمس المجموع.

وثانياً: بأن الجهاله فى مثل ذلك مثلها مثل الجهاله فى الشركه ونحوها، فهل يستشكل فيما إذا خلط أحدهما لبنه بلبن الآخر، ولا يعلم كم لبن كل منهما، ومن البعيد جداً أن يمنع ذلك الجواهر أو غيره، ويكون المحتمل عند الاختلاف موازين القضاء من قاعده العدل والقرعه وغيرهما.

ومنه يعلم أن قول المستمسك إنه لو استدل على بطلان المضاربه بقصور الإطلاق عن إثبات الصحه، فالمرجع الأصل المقتضى للبطلان كان متيناً، غير ظاهر الوجه، لما تقدم من أنه لا وجه لمنع الإطلاق.

{الرابع} من شروط رأس المال: {أن يكون معيناً} وقد استدل له بالأصل، وبالغرر، وبالإجماع، وبأن المبهم المردد لا وجود له فى الخارج.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ قد عرفت فى الشرط الثالث عدم تماميه الأولين.

أما الإجماع فالظاهر أنه غير موجود، قال فى محكى مجمع البرهان: كان دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور إجماع، وقال فى موضع آخر منه: إن عدم كون التعيين بالمعنى المذكور مضراً غير ظاهر.

أقول: كيف ينعقد الإجماع، وقد قال فى مفتاح الكرامه: إنه لم يذكر هذا الشرط إلاّ عشره كتب فقط، فراجع كلامه، ولذا أشكل غير واحد من المعلقين على هذا الشرط.

ومنه يعلم وجه النظر فى ادعاء المستمسك الإجماع عليه، كما ظهر

فلو أحضر مالين وقال: قارضتک بأحدهما أو بأیهما شئت، لم ینعقد إلّا أن یعین ثم یوقعان العقد علیه. نعم لا فرق بین أن یکون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه،

الإشکال فی قول المصنف.

{فلو أحضر مالین، وقال: قارضتک بأحدهما، أو بأیهما شئت، لم ینعقد، إلّا أن یعین ثم یوقعان العقد علیه}.

أما الاستلال علی البطلان بأنه مردد، ففیه: إنه یعین بتعیین العامل، فهو مثل أن یقول: خذ أی المالین شئت هبه، نعم هو خلاف الاحتیاط.

قال فی القواعد: لو دفع إلیه کیسین فقال: قارضتک علی أحدهما والآخر ودیعه، لم یعین، أو قال: قارضتک علی أیهما شئت، لم یصح، ومثله قال غیره.

{نعم لا فرق بین أن یکون مشاعاً} علی نحو الکسر المشاع، أو الکلی فی المعین {أو مفروزاً} لإطلاق أدله الصحه، بل فی مفتاح الکرامه: وقد جوز القراض بالمال المشاع، وفی الجواهر: بلا خلاف ولا إشکال.

ولا شک فی الصدق، فقول المستمسک: (لو فرض الشک فی الصدق، لاحتمال اعتبار الإفراز فی صدق المفهوم عرفاً، فالإطلاق لا مجال للتمسک به، بل المرجع أصاله عدم الأثر) غیر ظاهر الوجه.

وقول المصنف: {بعد العلم بمقداره ووصفه} بناءً علی ما تقدم من اشتراط العلم بالمقدار الذی قد عرفت الإشکال فیه.

فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتک بحصتی فی هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، وكذا لو كان للمالك مائه دينار مثلاً فقال: قارضتک بنصف هذا المال، صح.

ومما تقدم ظهر عدم الإشكال فيما ذكره المصنف بقوله: {فلو كان المال مشتركاً بين شخصين، فقال أحدهما للعامل: قارضتک بحصتی فی هذا المال، صح مع العلم بحصته من ثلث أو ربع} وإن كان مقتضى ما ذكره المصنف الإشكال فی نفس هذا المثال إذا لم يعرف العامل أو المالك قدر الثلث والربع، كما لو مات الأب وخلف ولداً وبنتاً وكان له مال فی صندوق لم يعلم هل أنه ثلاثمائه أو أكثر، فإن مجرد العلم بأن للولد ثلثين لم ينفع فی جعله مضاربةً بعد عدم علمه بالقدر، ولعل المصنف أراد عرفان المقدار.

{وكذا} مقتضى القاعده الصحه كما عرفت {لو كان للمالك مائه دينار مثلًا، فقال: قارضتک بنصف هذا المال، صح} لما تقدم من إطلاق الأدله الشامل للمشاع.

والحاصل أن كلًا من الجهاله فی المالك والعامل والمال لا يضر بصحه المضاربه، فلو كان صاحب المال مجهولاً للعامل، لكنه وضعه للمضاربه، صح أخذه من العامل بالمعاطاه، كما أنه كذلك إذا كان العامل مجهولاً للمالك، وهكذا إذا كان المال مجهولاً، ولذا قال فی مفتاح الكرامه: إنها تحمل من الجهاله ما لا تحمله العقود اللازمه.

ومنه تعلم صحه المضاربه إذا لم يعرف أحدهما الآخر، ولا عرف أی

الخامس: أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معينا والبقيه للآخر، أو البقيه مشتركه بينهما لم يصح.

منهما مقدار المال وكانت معاطاه فى البين، وإن كان الاحتياط مراعاه ما ذكروه، والله العالم.

{الخامس} من شروط المضاربه: {أن يكون الربح مشاعاً بينهما، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقيه للآخر، أو البقيه مشتركه بينهما، لم يصح} واستدل لذلك بأمور.

الأول: ما قاله الجواهر من أنه لو كان لأحدهما شيء معين والباقى للآخر بطل إجماعاً، وقال فى الحدائق: الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه يشترط فى الربح الشياع.

وقال فى المستمسك: ويظهر من كلمات غير الحدائق الإجماع على الحكم المذكور.

الثانى: ما ذكره الشرائع من أنه لا يوثق بحصول الزياده فلا تحقق الشركه.

الثالث: ما ذكره مفتاح الكرامه، قال: لأنه خلاف وضع القراض وهو خلاف مقتضى العقد.

الرابع: إنه خلاف ظاهر الروايات الداله على الشياع، مثل قول السائل فى خبر عبد الملك: فما أصبت منها جميعاً فهو بينى وبينك، فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال: «لا بأس به»((١)).

١- الوسائل: ج١٣ ص١٨٤ الباب٢ من أبواب أحكام المضاربه ح١

وفی الروایه المرادی: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یقول للرجل: أبتاع لک متاعاً والربح بینی وبینک، قال (علیه السلام): «لا بأس»((1)).

وفی روایه الحلبی: «وإن ربح فهو بینهما»((2)).

إلی غیر ذلک.

الخامس: ما رواه الدعائم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، أنه قال فی الرجل یعطی الرجل مالاً یعمل به علی أن یعطیه الربح مقطوعاً، قال: «هذا الربا محضاً»((3)).

لکن کل هذه الوجوه لا تفی بإطلاق ما ذکروا:

فالإجماع غیر موجود فی المسأله، مع أنه لو کان محتمل الاستناد بل مظنونه.

والثانی أخص من المدعی.

والثالث غیر ظاهر، إذ لا وجه لجعله خلاف مقتضی العقد، والحال أنه یتعارف مثل ذلک فیقول صاحب المال للعامل: اعمل وخذ کل یوم مقدار دینار لمصرفک والربح بعد ذلک بیننا.

والرابع لا دلاله فیه إلاّ من باب مفهوم اللقب، بالإضافه إلی أن (بینهما) ونحوه أعم، والإنصراف لو کان فیقرب أن یکون بدویاً.

والخامس أولاً: لا دلاله فیه بالنسبه إلی جعل شیء مقطوع للعامل.

وثانیاً: إن الروایه إنما تعرضت بصوره ما کان الأمر رباً، أما إذا لم یکن، کما لو علم أن ألف رأس المال یربح ما لا یقل من خمسمائه، فقال المالک: أعطنی مائه والبقیه أثلاثا مثلاً، لم یکن ذلک من الربا الذی هو محتمل أن لا یربح أو یربح بقدر الربا أو أقل منه أو أکثر، ولذا ذهب جمع من المعاصرین إلی الإشکال فی هذا الشرط، ولیس

1- الوسائل: ج13 ص185 الباب3 من أبواب أحکام المضاربه ح1
2- الوسائل: ج13 ص181 الباب1 من أبواب أحکام المضاربه ح2
3- المستدرک: ج2 ص501 الباب2 من أبواب أحکام المضاربه ح2

السادس: تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلک

المراد إسقاط هذا الشرط رأساً، بل إسقاط اشتراطه مطلقاً، ومع ذلک فالأحوط مراعاته.

نعم فيما يستلزم الربا لم يصح، لا لخبر الدعائم((۱))، حتى يقال إنه ضعيف السند، بل لأدله حرمه الربا.

{السادس} من شروط المضاربه: {تعيين حصه كل منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلک}، أقول التعيين على أقسام:

الأول: ما ذكره، وصحته إجماعي، كما يدل عليها النصوص أيضاً.

الثانی: أن يقول لک جزء أو حظ أو نصيب، وهذا لا يصح، لأنه خلاف أدله المضاربه عرفاً وشرعاً، ويشمله دليل نهی النبی (صلی الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، وقد صرح بعدم صحه مثل ذلک مفتاح الكرامه وغيره، ولعله المراد من عباره القواعد، حيث قال: أن يكون الربح مقدراً بالجزئيه لا بالتقدير كالنصف أو الثلث.

الثالث: أن يقول: لک ثلث أو ربع مثلاً، بأن جعل له الشيء المردد، وهذا لا يصح لأنه غرر، وخلاف مقتضی المضاربه، وفی المستمسک استدل له بأن المردد لا يقبل الملک، كما لا يقبل غيره من الأحكام، وإن كان فيه نظر، فإن كثيراً من الأحكام تترتب على المردد، كما إذا قال فی الوصيه: أعط زيداً

۱- المستدرک: ج۲ ص۵۰۱ الباب۲ من أبواب أحكام المضاربه ح۲

أوعمرواً ديناراً، أو أعط ديناراً أو دينارين لزيد، أو أباح له أن يجلس فى داره شهراً أو شهرين، أو أباح أن يجلس فى داره زيد أو عمرو، أو أباح لزيد أن يجلس فى داره الشرقيه أو الغربيه، إلى غير ذلك من الأمثله.

الرابع: أن يقول: لك بالنسبه العادله، حيث لا يعلمانها هل هى الثلث أو الربع، أو أقل أو أكثر، فى ما إذا كان فى الواقع مقداراً خاصاً، فإن العقلاء يجعلون لكل من رأس المال وللعمل نسبه خاصه من الربح، ومقتضى القاعده الصحه، لإطلاق أدله مضاربه وأدله العقود، وعدم محذور فى ذلك من غرر أو نحوه، وإن كان ظاهر بعضهم المنع فى أمثال ذلك.

الخامس: أن يقول: لك مثل ما أعطى التاجر الفلانى لعامله، وظاهر كلامهم الإشكال فى ذلك، إما لأنه غرر وإما لأنه خلاف مقتضى المضاربه وإما لانصراف أدله المضاربه عن مثله، لكن الظاهر الصحه لبطلان الوجوه المذكوره، ولذا قال فى المستمسك: (لو قال: لك مثل ما شرط فلان، فدليل بطلانه غير ظاهر).

السادس: أن يردد فى الأمر، بأن يقول: إن ربحت فوق الألف فلك الثلث، وإن ربحت دون الألف فلك النصف، سواء كان ذلك شرط المالك على العامل أو بالعكس، ومقتضى القاعده الصحه، لأنه شرط عقلائى، فالعامل مثلاً حيث تكون أجرته فى الشهر خمسمائه لا يستعد أن يأخذ أقل بالمضاربه، ولذا يجعل الشرط بحيث لا يكون له أقل.

كذلك المالك إنه إن اشترى بالمال البضاعه الفلانيه حصل على ألف

ص:١٥٩

إلا أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزءاً منه لأجنبى عنهما لم يصح، إلّا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره

قطعاً، فلا يريد أن ينقص حظه فى المضاربه، ويأتى هنا احتمال الإنصراف والغرر، وأنه خلاف مقتضى العقد، وقد عرفت الإشكال فى المذكورات.

ويمكن تصورات أخر لجعل الربح بينهما نضرب عنها خوف التطويل.

{إلا أن يكون هناك انصراف ينصرف إليه الإطلاق} وقد أراداه، فيكون الانصراف موجباً للعلم بالمقدار، ولولا الإراده لم ينفع الانصراف، إذ العقود تتبع القصود، وكأن المصنف لم يذكر الإراده اعتماداً على وضوح هذا الشرط.

{السابع} من الشروط: {أن يكون الربح بين المالك والعامل، فلو شرطا جزءاً منه لأجنبى عنهما لم يصح، إلّا أن يشترط عليه عمل متعلق بالتجاره}، قال فى القواعد: (فإن شرط جزءاً منه لأجنبى فإن كان عاملاً صح، وإلا بطل).

وقال فى مفتاح الكرامه: (فى شرح ذلك قولاً واحداً فى الحكمين معاً كما فى المبسوط، وبهما صرح فى المهذب والشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان، والمراد بالأجنبى من كان غير المتعاقدين) انتهى.

واستدل له هؤلاء بأمرين:

الأول: إنه خلاف مقتضى المضاربه.

نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزءاً من الربح لغلام أحدهما صح

الثاني: ظهور النصوص كون الربح بينهما، فهو خلاف الأدله.

ولا يخفى ما فى كليهما، إذ لا نسلم أنه خلاف مقتضى المضاربه، بل هو خلاف إطلاقها، ولذا لا يشك العرف فى صدق القراض عليه مع هذا الشرط، وليس ذلك مثل أن يبيعه بشرط أن لا يملك المتاع، كما أن النصوص ليست حاصره، بل ذكرت ما هو مقتضى الإطلاق، فالاستدلال بها لما نحن فيه من قبيل الاستدلال بمفهوم اللقب.

هذا بالإضافه إلى أنه لو كان شرطاً لا مقوماً كان من الشرط الفاسد، وبناؤهم على أنه ليس بمفسد.

ثم لو قيل بعدم مثل هذا الشرط، فإن قال للعامل: لك الثلثان على أن تعطى امرأتك مثلاً نصفه، فهل يصح الشرط، لإطلاق أدله الوفاء بالشرط، أو لا، لأنه شرط للأجنبى، احتمالان، وإن كان الأقرب الأول.

وفى محكى التحرير النظر فى لزوم هذا الشرط، وعن التذكره لم يلزم الشرط، فإن أوجبه فالأقوى البطلان، وعن التنقيح وفيه وجه آخر بالصحه لا عمل عليه، واحتمل الأمرين مجمع البرهان فيما حكى عنه.

أما إذا شرط على الثالث عمل متعلق بالتجاره فلا يضر، إذ يرجع الأمر فى الحقيقه إلى تعدد العامل، وذلك جائز بلا خلاف ولا إشكال.

{نعم ذكروا أنه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صح} كما عن المبسوط والمهذب والتحرير والشرائع والتذكره والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم، بل عن الأول الإجماع عليه.

ولاـ بأس به خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه، وعلى القول الآخر يشكل، إلّا أنه لما كان مقتضى القاعده صحه الشرط حتى للأجنبى والقدر المتيقن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما فالأقوى الصحه مطلقاً، بل لا يبعد القول به فى الأجنبى أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدله.

{ولاـ بأس به} للإجماع المذكور، ولأنه فى الحقيقه راجع إلى كيس الشارط، {خصوصاً على القول بأن العبد لا يملك، لأنه يرجع إلى مولاه}، لكن لاـ يخفى أنه إن لم يملك لم يكن هذا شرطاً واقعاً، وإن كان يملك كان الدليلان السابقان بناءً على صحتها آتيين فى المقام أيضاً.

ولعله أشار إلى ذلك بقوله: {وعلى القول الآخر} بملك العبد {يشكل} إذ لا فرق بينه وبين الأجنبى {إلا أنه لما كان مقتضى القاعده صحه الشرط حتى للأجنبى} لإطلاق أدله الوفاء بالشرط، وعدم كون هذا الشرط خلاف مقتضى المضاربه، بل خلاف إطلاقه، {والقدر المتقين من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاماً لأحدهما} لأنهم قد ذكروا صحه شرط إعطاء الغلام، {فالأقوى الصحه مطلقاً} بالنسبه إلى الغلام، سواء قلنا بملكه أم لا.

لكن يرد عليه: إنه لا مجال للتمسک بالقدر المتيقن بعد أن لم يكن إجمال فى المقام، إلّا أن يقال: إن المستند فى عدم الجواز الإجماع، وهو لا إطلاق له، لأن المجمعين فى المنع عن الأجنبى أجازوا الشرط بالنسبه إلى الغلام، فتأمل.

{بل لا يبعد القول به فى الأجنبى أيضاً وإن لم يكن عاملاً، لعموم الأدله} كما

الثامن: ذكر بعضهم أنه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالک أن يکون بيده لم يصح، لکن لا دليل عليه

عرفت، فإشکال المستمسک عليه بأن العموم مخصص بما دل على اختصاص الربح لأمر خيرى کالوقف أو طائفه خاصه کالفقراء، أو جعل بعض الربح بالمالک والعامل، غير وارد بعد أن عرفت عدم وجه للتخصيص المذكور.

ومما تقدم يعرف وجه الصحه فى ما إذا اشرط بعض الربح منضماً إلى رأس المال وبعضه لهما أو لأحدهما أو لآخر.

{الثامن} من شروط المضاربه: {ذكر بعضهم أنه يشترط أن يکون رأس المال بيد العامل} قال فى القواعد: (أن يکون مسلماً فى يد العامل، فلو شرط المالک أن تکون يده عليه لم يصح).

وقال فى مفتاح الکرامه: (هذا شرط المصنف فى التحرير أيضاً، وقد يلوح من الإيضاح اختياره، وفى جامع المقاصد أنه أولى وأبعد من الريب، وقرب فى التذکره عدم اشتراطه، وقد خلت عنه کتب الأصحاب قاطبه من المقنعه والمقنع إلى الرياض، بل ظاهر أکثرها عدمه) انتهى.

{فلو اشترط المالک أن يکون بيده لم} يبطل، و{يصح} مضاربةً، لإطلاق أدله المضاربه.

ولذا قال المصنف: {لکن لا دليل عليه}، وما استدل له بأنه خلاف مقتضى المضاربه، ولأن العامل لا يتمکن من العمل إذا لم يکن المال بيده، ولأصاله عدم الأثر، غير تام، إذ لا نسلم الأول، ولذا رده جامع المقاصد بأنه موضع تأمل، والتمکن

فلا مانع أن يتصدى العامل للمعامله مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكره.

التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجاره، وأما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه فى الزراعه مثلاً ويكون الربح بينهما، يشكل صحته

موجود بأن يحول العامل على المالك أو ما أشبه، والأصل لا يقاوم الدليل.

وأما ما فى أخبار الباب من أن المالك يدفع المال إلى العامل، ففيه: إنه سيق حسب التعارف، لا أنه شرط، وبذلك ظهر الجواب عن الاستدلال لذلك بالسيره منذ زمانه (صلى الله عليه وآله وسلم)، إذ لا يسلم السيره أولاً، ولا دلاله فيها على الاختصاص ثانياً.

وعليه {فلا مانع أن يتصدى العامل للمعامله مع كون المال بيد المالك، كما عن التذكره}، بل قد عرفت أنه المشهور، وعليه فما فى المستمسك أن الشك فى اعتباره عرفاً فى مفهوم المضاربه كاف فى اعتباره، محل منع، ولذا قرر ما وجدته من التعليقات فتوى الماتن.

{التاسع} من شروط المضاربه: {أن يكون الاسترباح بالتجاره، وأما إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه فى الزراعه مثلاً، ويكون الربح بينهما يشكل صحته}.

قال فى القواعد: (وشرطه أن يكون تجاره، فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف، أما النقل والكيل والوزن ولو احق التجاره، فإنها تبع للتجاره

والتجاره هی الاسترباح بالبیع والشراء لا بالحرف والصنائع) انتهی.

وقال فی مفتاح الکرامه: (کما صرح بذلک کله فی التذکره والتحریر وجامع المقاصد، وهو صریح المبسوط فی الأخیر).

أقول: علل هذا الشرط فی التذکره بأن (هذه أعمال مضبوطه یمکن الاستیجار علیها، فاستغنی بها عن القراض فیها، وإنما یجوز القراض فیما لا یجوز الاستیجار علیه، وهو التجاره التی لا یمکن ضبطها، ولا معرفه قدر العمل فیها ولا قدر العوض، والحاجه داعیه إلیها ولا یمکن الاستیجار علیها، فللضروره مع جهاله العوضین شرع عقد المضاربه) انتهی.

أما من أین أن شرط القراض عدم صحه الاستیجار، فقد ذکر وجهه أن المتیقن من القراض ذلک، فالأصل فی ما عدا المتیقن عدم الأثر، فإن الأعمال المذکوره کالطبخ والخبز أعمال مضبوطه، فلا ضروره فیها إلی ارتکاب مخالفه الأصول وتجویز القراض فیها، إذ معنی القراض علی هذه الأشیاء أن یقارضه علی أن یشتری الحنطه ویطبخها ویخبزها، والطعام لیطبخه، والغزل لینسجه، والثوب لیصبغه، ونحو ذلک من الحرف، هذا غایه ما یقال فی وجه الشرط المذکور.

ولعل العلامه رأی عدم إطلاق الأدله، فعلله فی قبال استحسانات العامه بالاستحسان، لأن هذا الشرط أحد قولی الشافعیه، وإلا فمن المعلوم أن مثل هذه الأمور لا توجب الاشتراط.

ص:۱۶۵

إذ القدر المعلوم من الأدله هو التجاره، ولو فرض صحه غيرها للعمومات _ كما لا يبعد _ لا يكون داخلاً فی عنوان المضاربه.

العاشر: أن لا یکون رأس المال بمقدار یعجز العامل عن التجاره به، مع اشتراط المباشره من دون الاستعانه بالغیر

ولذا قال المصنف فی تعلیل هذا الشرط: {إذ القدر المعلوم من الأدله هو التجاره}، لکن الظاهر صحه المضاربه، لإطلاق الأدله بعد شمول المضاربه لها عرفاً، ولذا لم یکن مجال لقوله: {ولو فرض صحه غیرها للعمومات} مثل (أوفو بالعقود)((1))، و(تجاره عن تراض)((2)).

{کما لا یبعد، لا یکون داخلاً فی عنوان المضاربه}، کما لا مجال لقول المستمسک من الشک فی تحقق المضاربه عرفاً فی مثل ذلک الموجب للرجوع إلی أصاله عدم ترتب الأثر، انتهی.

فیصح کل تلک الأقسام مضاربه، بل وأن یعطیه مالاً لیدرس، فإذا صار طبیباً أو مهندساً مثلاً کان شریکه فی الربح، لکن اللازم ملاحظه عدم الإجحاف ونحوه مما ثبت بالأدله الثانویه.

{العاشر} من الشروط: {أن لا یکون رأس المال بمقدار یعجز العامل عن التجاره به} سواء کان العجز ذاتیاً، أو لظرف زمانی أو مکانی طارئ، {مع اشتراط المباشره من دون الاستنابه بالغیر} أو لشرط خاص کاشتراط أن یتاجر بالبضاعه

۱- سوره المائده: الآیه ۱

۲- سوره النساء: الآیه ۲۹

أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانه بالغير

الفلانيه، أو بشرط آخر ولم يكن كان قادراً على التجاره، وإنما العجز ناش عن الشرط.

{أو كان عاجزاً حتى مع الاستعانه بالغير} وبدون الشرط الخاص، ويدل على هذا الشرط عدم شمول أدله المضاربه إلّا للمقدور، ولذا قال فى الجواهر: لعل المتجه الفساد، لمعلوميه اعتبار قدره العامل على العمل فى الصحه، نحو ما ذكروه فى الإجاره، ضروره لغويه التعاقد مع العاجز.

ومثله ما لو كان المضارب عاجزاً عن المال، فكما لا تنعقد المضاربه لانتفاء ركن من ركنيها، كذلك إذا انتفى الركن الثانى وهو العمل.

ومنه يعلم أن ما ذكره الشرائع والمسالك وغيرهما من الضمان بدون البطلان فى مفروض المسأله غير ظاهر الوجه، قال المحقق: (وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن)، وقال المسالك فى شرحه: (هذا ما جهل المالك بعجزه لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً).

قال الجواهر: ونحوه فى جامع المقاصد، وقال فى المستمسك: ونحو عباره الشرائع ذكر فى القواعد، ثم قال المستمسك: إن ما ذكره العروه فى محله.

أقول: لعل المحقق وبعض آخر أرادوا بطلان العقد، وإنما عمرّوا بالضمان باعتبار التلازم العرفى.

ذكر المسالك: وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به، إذ لامنافاه بين الضمان وصحه العقد، وعلله فى الحدائق بما تقدّم من الأخبار وعليه اتفاق الأصحاب

وإلا فلا يصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك فى الإجاره للعمل، فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطله، من أنه مع المخالفه لما شرطه المالك فإنه يضمن والربح بينهما.

أقول: لا ظهور فى كلام الشرائع ونحوه فى عدم البطلان، إذ عدم التلازم حقيقه لا ينافى التلازم العرفى.

وكيف كان، فما ذكره الماتن هو الذى تقتضيه القاعده، أما احتمال أن البطلان ليس من جهه العجز بل من جهه أن الإذن والعقد كانا على المقدور، فلا يخفى ما فيه، إذ العقد على غير المقدور باطل لأنه ليس بشرعى ولا عقلائى، فإن قدر العامل صح {وإلا فلا يصح، لاشتراط كون العامل قادراً على العمل، كما أن الأمر كذلك فى الإجاره للعمل} بل ينبغى أن يكون الأمر كذلك فى المزارعه والمساقاه، {فإنه إذا كان عاجزاً تكون باطله} لما سبق من عدم الدليل على الصحه عقلاً أو شرعاً

ثم هل البطلان يكون للكل أو للمقدار العاجز عنه، إذا كان مقدار عاجزاً وعنه ومقدار غير عاجز عنه، كما إذا ضاربه بألف لأجل تجاره الحنطه والأرز، وقد كان الأرز عاجزاً عنه، فيكون البطلان فى النصف المرتبط بالأرز دون النصف المرتبط بالحنطه، أو على سبيل البدل إذا كان العجز كذلك، كما إذا كان عاجزاً عن الجمع بين تجاره الحنطه وتجاره الأرز، ولا يعجز عن تجاره إحداهما على سبيل البدل.

وهذا على ثلاثه أقسام، فإنه إما أن يعجز عن أحدهما، وإما أن يعجز عن نصف الاتجار سواء عن أحدهما أو عن نصفى كليهما، مثلاً كانت قدرته تجاره خمسمائه

فيكون تمام الربح للمالك، وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان،

إما الأرز كلاً أو الحنطه كلاً أو بعض هذا وبعض هذا، وإنما العجز عن صرف الألف فى التجاره.

وإما أن يعجز عن بعض الجنس الواحد، كما إذا كانت المضاربه بألف فى الحنطه ولا يقدر إلّا على خمسمائه منه فقط.

احتمالان، ظاهر المصنف بطلان الكل، لكن المستمسك قال: إذا كان الموجب للبطلان العجز فالعجز كان عن المجموع فيوجب بطلان المجموع لا ـ بطلان كل جزء جزء لعدم العجز عن ذلك، وحينئذ تصح فى المقدور وتبطل فى الزائد ويكون من قبيل تبعض الصفقه.

وذهب إلى ذلك غير واحد من المعلقين، وإن كان يظهر من سكوت معظمهم على الماتن اختيارهم البطلان، والظاهر الصحه هنا وفى الإجاره والمزارعه والمساقاه بالنسبه إلى القدر المقدور كما فى البيع، كما أنه كذلك بالنسبه إلى رأس المال إذا ظهر بعضه ناقصاً فى المعين، أو لم يقدر على بعضه المالك فى الكلى، أو ما أشبه ذلك.

وعليه فإذا كان المالك جاهلاً بعدم قدره العامل، كان له خيار تبعض الصفقه، وإذا كان عالما لم يكن له خيار لأنه أقدم على ذلك، كما لا خيار له فى البيع إذا أقدم على اشتراء المعيب.

وكيف كان، فإذا أبطله لجهله بالعجز {فيكون تمام الربح للمالك وللعامل أجره عمله مع جهله بالبطلان}، وأما إذا كان عالماً بالعجز وأقدم على المعامله، أو كان جاهلاً ولم يبطل كان الربح بين المالك والعامل بالنسبه.

أما المقدار العاجز عنه فلا عمل ولا ربح، وإذا كان جاهلاً وأبطله كان للعامل

ويكون ضامنا لتلف المال إلّا مع علم المالك بالحال

أجره المثل ويتحمل أقل الأمرين من المثل والمسمى، لأنه أقدم على المسمى فلا حق له فى الأزيد، على الخلاف الذى ذكروه فى تلك المسأله.

ثم إن ما ذكرناه من الربح للعامل بالنسبه إنما يراد به ما يستحق، لا بنسبه العمل، إذ قد يكون حجم الجزء بنسبه خاصه بينما قدر المال له بنسبه أخرى، مثلًا إذا استأجره فى صنع مصراعى باب لداره، فصنع مصراعاً واحداً لم يكن يستحق نصف المبلغ بل أقل من ذلك غالباً.

وبما تقدم ظهر أحكام كل الفروع من كون العامل جاهلًا أو عالماً فى صوره عدم قدره المالك على إعطاء كل المال، ومن كون المالك جاهلاً ـ أو عالماً فى صوره عدم قدره العامل على كل العمل، وعند جهلهما إما أن يفسخ إذا ما علم، وإما أن لا يفسخ، {ويكون} العامل {ضامناً لتلف المال إلا مع علم المالك بالحال}.

والوجه فى الضمان ما ذكره المسالك قائلًا عند قول المحقق: (وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن): (هذا مع جهل المالك بعجزه، لأنه مع عجزه يكون واضعاً يده على غير الوجه المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً).

أقول: قد نقول ببطلان المضاربه، وقد نقول بصحتها بالنسبه إلى القدر المقدور، وبطلانها بالنسبه إلى القدر غير المقدور، وعلى أى حال فالبطلان بالنسبه إلى الجميع أو البعض إن تلف ذلك القدر الذى تبطل فيه المضاربه، هل يوجب الضمان، كما تقدم عن المسالك وجهه، أو لا يوجب لما ذكره المستمسك بقوله: (إن

الضمان فی المقام مخالف لقاعده «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده»((۱))، فإن مال المضاربه غیر مضمون علی العامل فی المضاربه الصحیحه فلا یکون مضموناً علیه فی الباطله) إلی آخره، احتمالان.

ویمکن أن یقال: إن صور المسأله أربع، لأنهما إما عالمان بالبطلان، أو جاهلان، أو المالک عالم والعامل جاهل، أو بالعکس.

فإن کانا عالمین بالبطلان فقد جعل المالک المال ودیعه فی ید العامل والودیعه غیر مضمونه، ففی صحیح الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «صاحب الودیعه والبضاعه مؤتمنان»((۲)).

وقال (علیه السلام): «لیس علی مستعیر عاریه ضمان، وصاحب العاریه والودیعه مؤتمن»((۳))، ونحوه غیره.

وإن کانا جاهلین فقد أودع المالک بید العامل، وإن کان سبب الودیعه جهله حتی أنه لوکان عالماً لم یعطه إیاه، لکن عدم إعطائه إیاه لا یخرجه عن کونه ودیعه، والودیعه لا ضمان فیه.

وإن کان المالک جاهلاً ـ والعامل عالماً لم یبعد الضمان، لأن علم العامل بأنه لا حق له یوجب دخوله فی قاعده «علی الید ما أخذت» فهو کما إذا زعم المالک أن هذا زید فأودعه المال، وقد کان عمرواً وعلم عمرو باشتباه المودع، وأدله الودیعه منصرفه من مثل هذا الصوره.

ولو کان العکس فقد اذهب المالک احترام ماله بعد أن أعطاه لمن یعلم أنه لا ـ یستحق الإعطاء، لأـن المالک عالم ببطلان المضاربه.

۱- انظر الجواهر: ج۲۲ ص۲۵۸
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۷ الباب۱ من أبواب العاریه ح۶
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۷ الباب۱ من أبواب العاریه ح۶

وهل يضـمن حينئـذ جميعه، لعـدم التميز مع عـدم الإذن فى أخـذه على هـذا الوجه، أو القـدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسـببه فيختص به، أو الأول إذا أخذ الجميع دفعه، والثانى إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أولاً،

{وهل يضـمن حينئـذ جميعه، لعـدم التميز} لأن وضع اليد فى حال الانضـمام لا فى حال الانفراد، والمنضم غير مقدور العمل به، فلا يكون مأذوناً فى قبضه فيكون مضموناً لاقتضاء اليد الضمان، ولذا قال: {مع عدم الإذن فى أخذه على هذا الوجه} حتى يكون أمانه.

{أو القدر الزائد، لأن العجز إنما يكون بسببه} أى بسبب الزائد {فيختص} الضمان {به} إذ غير الزائد مأذون فى قبضه.

{أو} الضـمان يكون للجميع الـذى ذكرناه فى {الأول إذا أخـذ الجميع دفعه} لأن الـدليل المتقـدم بقولنا (لأن وضع اليد...) آت فيما لو أخذ الجميع دفعه.

{والثانى} أى عدم ضمان القدر المقدور {إذا أخذ أولاً بقدر مقدوره} كالنصف أو الثلث أو ما أشبه.

{ثم أخـذ الزائـد ولم يمزجه مع ما أخـذه أولاً} لأنه إذا مزجه كان التصرف غير مأذون فيه، من حيث الشـركه، فيكون التصـرف موجباً للضمان.

لكن فيه: إن عـدم الإـذن فى التصـرف من جهه الشـركه لاـ يوجب ضـمان المجموع، إذ القـدر المـأذون وإن كان ممتزجاً سـبب الامتزاج عدم جواز التصـرف فيه من حيث الشركه إلاّ أنه لا يوجب الضمان، فهو كما إذا تصرف فى الملك المشترك بينه وبين غيره، فإن تصرفه وإن كان ممنوعاً

ص:۱۷۲

أقواها الأخير.

لكنه إذا تلف لا يوجب تلفه ضمان الجميع، وإنما ضمان مال الشريک فقط.

{أقواها} عند المصنف {الأخير} إذ يرد على ضمان الجميع أن البعض الذى صحت المضاربه بالنسبه إليه لا وجه لضمانه، كما يرد على ضمان القدر الزائد فقط أنه إذا أخذ الجميع دفعةً أو تدريجاً لكن مزج المقدور بغير المقدور كان ممنوع التصرف فى المجموع، والمنع عن التصرف يوجب الضمان.

لكن قد عرفت مما ذكرنا أن اللازم القول بضمان الزائد فقط، فإذا تلف الجميع كان قدر الضمان واضحاً، مثلًا كان النصف مقدوراً والنصف الآخر غير مقدور، وإذا تلف النصف مثلًا فى الممتزج كان مقتضى القاعد ضمان الربع، لأن ذلک مقتضى قاعده العدل، حيث إن جعل النصف على المالک فقط لا على العامل فقط لا وجه له، لأنه ترجيح بلا مرجح، ولا مجال للقرعه حيث إن مرتبتها بعد مرتبه قاعده العدل كما يستفاد من روايه الودعى وغيرها، فلا وجه إلّا لقاعده العدل.

وكذا فى كل مورد مشابه، كما إذا كان قفيز من الحنطه لنفرين أذن أحدهما لزيد فى التصزف فيه، ولم يأذن الآخر، فتصرف فى الجميع وتلف نصفه بدون تفريط أو تعد، فإن مقتضى القاعده تقسيم النصف الذاهب منهما، إذ لا ترجيح لجعله من الآذن أو من الذى لم يأذن، ولا مجال للقرعه أيضاً.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أن مقتضى القاعده الاحتمال الثانى، وهو ضمان القدر الزائد مطلقاً.

ص:١٧٣

ودعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزياده لا يكون عاجزاً، كما ترى، إذ الأول وقع صحيحاً، والبطلان مستند إلى الثانى وبسببه، والمفروض عدم المزج.

ثم إن المسالك أشكل على التفصيل بقوله: (يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو المجموع ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول وأخذ الزياده لم يعجز) وأشار المصنف إلى دفعه بما حاصله: أن لا عجز عن المجموع فى صوره تدرج الأخذ، فإن العجز فى الثانى الذى عجز عنه لا فى الأول الذى هو مقدوره.

{و} وذلك لأن {دعوى أنه بعد أخذ الزائد يكون يده على الجميع وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع ولا ترجيح الآن} بعد أن أخذ الثانى الذى هو عاجز عنه {لأحد أجزائه} حتى يقال الأول غير عاجز عنه والثانى عاجز عنه، وإنما لا ترجيح {إذ لو ترك الأول} المقدور {وأخذ الزياده} أى الثانى {لا يكون عاجزاً} فالآن وبعد أخذ المجموع نسبه العجز إلى كلا الجزءين على حد سواء، ولا ترجيح لأن يقال الأول عاجز عنه أو الثانى عنه {كما ترى} غير تامه بل العجز عن الثانى بذاته {إذ الأول وقع صحيحاً} حيث إنه كان مقدوراً.

{والبطلان منسوب إلى الثانى وبسببه، و} الأول والثانى فى الخارج متمايزان، لأن {المفروض عدم المزج} فلماذا يقال بسريان العجز إلى المجموع.

وقد رد المستمسك الماتن بقوله: (هذا يتم لو كان أخذ الأول بعقد يختص

هـذا ولكن ذكر بعضـهم أن مع العجز المعـامله صـحيحه، فالربـح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك، ولا وجه له لما ذكرنا، مع أنه إذا كانت المعامله صحيحه

به والثانى بعقـد آخر يحتص به، أما إذا كان الأخذ الثانى بعقد موضوعه مجموع الأول والثانى، فيكون موضوع العقد غير مقدور، فيكون العقـد باطلاًـ فالمـأخوذ به أولاً كالمأخوذ به ثانياً كلاهما مأخوذ بعقـد باطل، فيكون كل منهما مضـموناً ولا فرق بينهما)، لكن الرد محل نظر إذ العقد ليس بباطل، بل يكون جائزاً من قبيل خيار تبعض الصفقه.

وقـد عرفت أن قول المصـنف بـاشتراط عـدم المزج غير ظاهر الوجه، بل العقـد صـحيح ولو مزج الأول والثانى، فالضـمان للقـدر الزائد فقط سواء أخذها مرتين أو مره، وسواء مزج فى المرتين أو لم يمزج.

{هذا ولكن ذكر بعضـهم} كالحدائق {أن مع العجز المعامله صـحيحه، فالربح مشترك، ومع ذلك يكون العامل ضامناً مع جهل المالك} وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد، إذ لا منافاه بين الضمان وصحه العقد.

وقد نسب هذا القول الحدائق إليهم حيث قال: (قالوا ...)، وفى بعض تعليقات المتن: بل أسـند إلى الكل، قال فى الحدائق: (ويدل عليه ما تقدم فى تلك الأخبار، وعليه اتفاق الأصحاب، من أنه مع المخالفه لما شرطه المالك فإنه يضمن والربح بينهما).

{ولاـ وجه له لما ذكرنا} من لزوم التفصـيل فى المسأله لا إطلاق صـحه المعامله {مع أنه} يرد على كلام الحـدائق إشـكال آخر وهو أنه {إذا كانت المعامله صحيحه

لم يكن وجه للضمان، ثم إذا تجدد العجز فى الأثناء وجب عليه رد الزائد وإلا ضمن.

لم يكن وجه للضمان} لأن العامل أمين والأمين لا يضمن، وقد رد المستمسك دليل الحدائق بقوله: (إن دليله ضعيف لخروج المورد عن عموم النصوص الداله على أن العامل إذا خالف ما شرط عليه فهو ضامن والربح بينهما الآتيه فى المسأله الخامسه) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الحدائق لم يرد الاستدلال، وإنما الاستيناس للمقام بتلك الأخبار، فإنها دلت على إمكان الجمع بين اشتراك الربح بمقتضى العقد والضمان بمقتضى أن الإعطاء مبنى على القدره والضمان مرفوع فى هذه الحاله، فإذا لم تكن قدره لم تكن أمانه مالكيه، وحيث لا قدره فلا أمانه مالكيه ترفع الضمان.

أقول بالنسبه إلى غير المقدور ضمان وبالنسبه إلى المقدور الربح مشترك ولا ضمان، إذ العقد صحيح والقدره موجوده فأمانه مالكيه توجب رفع الضمان.

{ثم إذا تجدد العجز فى الأثناء وجب عليه رد الزائد} لأنه لا يقدر على العمل فيه فلا يحق له إبقاؤه عنده، لأن الأمانه كانت باعتبار عقد المضاربه، فإذا عجز بطل العقد بالنسبه إليه، وبقى العقد بالنسبه إلى القدر الذى يمكنه العمل فيه، حيث قد عرفت عدم بطلان العقد إلّا بالنسبه إلى القدر الذى عجز عن العمل فيه {وإلا ضمن} لأن يده عليه ليست يد أمانه، فيشملها دليل «على اليد»((1)).

1- المستدرك: ج2 ص504 الباب 1 من أبواب الوديعه ح12

ومما تقدم يعرف حكم كل صور المسأله، فإن العجز إما عن البعض أو عن الكل، وعلى كل حال إما ابتداءً فقط أو فى الأثناء أو فى الأخير أو مختلفاً، كأن عجز عن بعض أولاً وعن بعض وسطاً.

مثلاً كانت المضاربه على دراهم ودنانير، فلم يتمكن من التصرف فى الدراهم لأنه يخاف اتهامه بأنه سرقها.

أو عجز عن الكل أولاً ـ وعن البعض أخيراً، إلى غير ذلك من صور المسأله، فإن الميزان فى الكل أن عقد المضاربه كأنها عقود بالنسبه إلى المال وبالنسبه إلى الأزمنه، فكلما حصل عجز عن بعض مالاً أو زماناً بقى العقد بالنسبه إلى المقدور.

نعم يأتى بالنسبه إلى المالك شبه خيار تبعض الصفقه، وذلك لأن بناء العقلاء على انحلال العقد إلى عقود، وقد قرره الشارع حيث إنه لم يمنع عنه، ودليل الخيار ما ذكروه فى تبعض الصفقه.

مسأله ۱ المضاربه بمال الأمانه

(مسأله ۱): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها فضاربه عليها صح، وإن كان فى يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك

(مسأله ۱): لو كان له مال موجود فى يد غيره أمانه أو غيرها فضاربه عليها صح} ولا فرق بين أن يكون المال فى يده أمانه مالكيه بعاريه أو وديعه أو إجاره أو غيرها لإطلاق الأدله، بل يظهر عن التذكره فيما لو كان المال وديعه أو عاريه إجماع المسلمين عليه.

وقال المستمسك بعدم الفرق عرفاً بين كون المال المضارب عليه فى يد المالك وفى يد غيره أميناً كان أومستعيراً أو غيرهما، انتهى.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين كون المال فى يد أم لا، كما إذا كان فى مكان لا يد عليه، بل أو كان لا يقدر المالك عليه، واليد لا فرق فيها بين يد المالك أو العامل أو غيرهما.

{وإن كان فى يده غصباً أو غيره مما يكون اليد فيه يد ضمان} لأنها ليست أمانه مالكيه ولا شرعيه {فالأقوى أنه يرتفع الضمان بذلك} فإنه لا إشكال فى صحه جعله مضاربه، بل فى الحدائق: (الظاهر أن الحكم اتفاقى عند الأصحاب) انتهى.

ووجهه إطلاق الأدله حيث لا مخصص لما إذا كان المال غصباً، خلافاً للشرائع فإنه قال: (ولو كان فى يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان) انتهى.

وعلله فى الجواهر بالأصل السالم عن معارضه وقوع عقد القراض الذى لا يلزمه عدم الضمان، بل يجامعه فى كثير من المقامات، لظهور قوله (عليه السلام): «حتى يؤدى»

لانقلاب الید حینئذ فینقلب الحکم، ودعوی أن الضمان مغیاً بالتأدیه ولم تحصل کما تری

فی بقاء الضمان إلی حال التأدیه التی لیس وقوع عقد القراض منها، وإنما قوینا عدم الضمان {لانقلاب الید} الضمانیه إلی الأمانیه {فینقلب الحکم} فکما أنه إذا قال للغاصب: المال أمانه عندک من الآن، أو قال: آجرتک الدار المغصوبه مثلاً، انقطع الضمان فکذا فی المقام.

والاستصحاب الذی استدل به لقول الشرائع، لا مجال له بعد تبدل الموضوع، فحال الاستصحاب حال عکس المسأله، کما إذا کانت أمانه فی یده فلما طلبها المالک لم یدفعها إلیه فإنها تکون غصباً ویکون علیه تلفها، ولذا اختار الجواهر بنفسه عدم الضمان بعد جعله مضاربه فی ید الغاصب.

ومنه یعلم أن ما عن العلامه فی التذکره، وذکره المسالک من أن مجرد العقد لا یقتضی ذلک، وإنما یحصل الإذن بأمر آخر ولو حصل زال الضمان محل إشکال، إذ إنشاء المضاربه ظاهر فی الإذن.

کما ظهر الإشکال فی قول المستمسک حیث قال: إن الانقلاب لا یجدی فی نفی الضمان إلّا أن یثبت أمران الإذن فی القبض وأن المأذون لا یضمن، إذ قد عرفت الظهور العرفی فی الإذن والمأذون لا یضمن یکون أمانه مالکیه والأمین غیر ضامن نصاً وإجماعاً.

{و} أما الاستدلال بالروایه المتقدمه المذکوره فی المستدرک فی کتابی الودیعه والغصب، وفی غیره بـ {دعوی أن الضمان مغیاً بالتأدیه ولم تحصل} وحیث إن (حتی) انتهاء الغایه فیبقی الضمان إلی الأداء، وهو غیر حاصل فرضاً، {کما تری} إذ

ولكن ذكر جماعه بقاء الضمان إلّا إذا اشترى به شيئاً ودفعه إلى البائع فإنه يرتفع الضمان به، لأنه قد قضى دينه بإذنه، وذكروا نحو ذلك فى الرهن أيضاً، وأن العين إذا كانت فى يد الغاصب

المفهوم من الأداء عرفاً إمضاء المالك لا الأداء الخارجى، ولذا إذا قال له: أده إلى زيد، كان أداءً، وإذا قال له: هو لك، كان أداءً، وإذا قال: وديعه أو عاريه أو فى إجارتك أو رهنك وما أشبه، كان أداءً.

فالمراد بالأداء الخروج عن الغصب إلى سلطان المغضوب منه أو وليه، كما إذا أخذه وكيله أو الحاكم الشرعى الذى هو ولى مثل المغصوب منه أو الولى للطفل مثلاً.

{ولكن} مع ذلك {ذكر جماعه} كما عرفت عن الشرائع وغيره، بل فى الحدائق أنه المشهور وإن لم نحقق ذلك {بقاء الضمان} بعد جعله مال المضاربه {إلا إذا اشترى به شيئاً} وإن لم يدفعه إلى البائع، فقوله: {ودفعه إلى البائع} لا بد وأن يراد به ما إذا لم يأذن البائع فى بقائه عنده لكنه غصب عن البائع حينئذ لا عن المالك {فإنه يرتفع الضمان به}.

وجعله المسالك إجماعياً، لكن فى الجواهر: وأما القول بعدم زوال الضمان معها أيضاً ففيه مضافاً إلى ما سمعته أنه أداء إليه ضروره دخوله بذلك تحت سلطانه الذى هو معنى اليد {لأنه قد قضى دينه بإذنه} فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعده اليد.

{وذكروا} أى جماعه منهم {نحو ذلك} وعدم سقوط ضمان الغاصب إذا جعله المالك رهناً عنده {فى الرهن أيضاً، و} قالوا {إن العين إذا كانت فى يد الغاصب

فجعلها رهناً عنده أنها تبقى على الضمان، والأقوى ما ذكرناه فى المقامين لما ذكرنا.

فجعلها رهناً به عنده أنها تبقى على الضمان} إلّا أن الجواهر وغيره قالوا بأن جعلها رهناً يخرج الغاصب عن الضمان.

{و} قول الجواهر هو {الأقوى} فإن {ما ذكرناه فى المقامين} وكذلك سائر المقامات المشابهه كما إذا جعلها عاريه أو وديعه أو إجاره أو مزارعه أو مساقاةً عنده هو مقتضى القاعده {لما ذكرنا} من أنه دخل بذلك تحت سلطان المالك فلا يكون غصباً، فلا مجال للاستصحاب ولا لقاعده اليد، ويكون الحال كذلك إذا مات وورثه من رضى ببقائه فى يده.

وكذا إذا جعله الغاصب تقاصاً فيما يصح فيه التقاص، نعم إذا جعله المالك مضاربه لكنه لم يأذن ببقائه فى يده لم يخرج عن كونه غصباً، إذ قد عرفت أن مجرد المضاربه لا تكفى فى الإذن.

ومثل ما تقدم فى الخروج عن الضمان لو غصب صغيره بملابسها فزوجها إياه الولى فإنه يخرج عن كونه غاصباً ولا يكون بعد ذلك ضامناً.

ثم إن فى مفروض المتن لو تبين بطلان المضاربه، فإن كان رضى المالك على نحو التقييد بالمضاربه لم يخرج عن كونه غاصباً، أما إذا كان راضياً والمضاربه كانت على نحو الداعى خرج عن الضمان أيضاً.

وللمسأله فروع تظهر مما ذكرناه، والله سبحانه العالم.

ص:١٨١

مسأله ۲ جواز المضاربه بالأدله الأربعه

(مسأله ۲): المضاربه جائزه من الطرفین یجوز لکل منهما فسخها

(مسأله ۲): {المضاربه جائزه} کتاباً: لأنه نوع من التجاره عن تراض وعقد، فیشملها دلیلهما.

وسنهً: للروایات المتواتره المذکوره فی کتب الحدیث والفقه،

وإجماعاً: بلا خلاف نقل عن أحد.

وعقلاً: حیث لا مانع منها.

وتوهم بعض المتجددین أنه نوع من الاستثمار لأن إنساناً یعمل ویأخذ ربحه إنسان آخر، غیر تام لأن المال عمل مجسم أیضاً، فمن کلا الطرفین عمل والربح بینهما علی نحو لا إجحاف فیه، وقد ذکرنا تفصیل الکلام فی ذلک فی کتاب (الفقه: الاقتصاد) فلا داعی إلی تکراره فی المقام.

ثم إن المشهور أنها جائزه {من الطرفین، یجوز لکل منهما فسخها} بأن یسترجع المالک ماله ویکف العامل عن العمل، وحیث إن ذلک قد یوجب تضرر أحدهما کان لهما أن یجعلا المضاربه شرطاً فی عقد لازم، والشرط فی العقد اللازم یوجب الوضع.

ثم إذا فسخ أحدهما کان اللازم أن یکون له بقدر حقه المقرر إلی ذلک الحین، لأن کلاً ملک فلا وجه لاحتمال الفسخ عن أصله ویکون للعامل أجره المثل أو أقل الأمرین إلی ذلک الحین.

وکیف کان، فقد ادعی المسالک عدم الخلاف فی أن المضاربه جائزه.

وفی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه، قال: وهو الحجه فی الخروج عن قاعده اللزوم.

وقال فی مفتاح الکرامه عند قول القواعد: (القراض عقد جائز من الطرفین): إجماعاً کما فی مجمع البرهان، وبلا خلاف کما فیه أیضاً، وفی الکفایه والریاض، وفی

سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال أو كان به عروض، مطلقاً كانت أو مع اشتراط الأجل، وإن كان قبل انقضائه، نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله

الغنيه الإجماع على جوازه وأن لكل منهما فسخه متى شاء، وبذلك صرح فى السرائر والتذكره والمبسوط والشرائع والنافع والتحرير والإرشاد وشروحه والروضه والوسيله وغيرها.

أقول: لولا هذه الإجماعات ونحوها لكان القول بذلك مشكلًا على خلاف الأدله الأوليه، ولم يظهر لهم التعليل أو روايه توجب احتمال الاستناد حتى يسقط الإجماع عن الحجيه.

نعم نقل مفتاح الكرامه عن جامع الشرائع قوله: إنها عقد لازم من الطرفين، ثم احتمل كونه غلطاً من قلم الناسخ، ولذا لم أجد من المعاصرين أحداً قال بلزومها، فلا بد من القول بجوازها {سواء كان قبل الشروع فى العمل أو بعده، قبل حصول الربح أو بعده، نض المال} بأن صار نقداً {أو كان به عروض، مطلقاً كانت} المضاربه {أو مع اشتراط الأجل، وإن كان} الفسخ فى صوره شرط الأجل {قبل انقضائه} لأن الشرط فى العقد الجائز لا يكون لازماً، والعمده إطلاق الإجماع.

وقد صرح بذلك غير واحد من الفقهاء {نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله} والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لا الحكم التكليفى، لأنه المستفاد من دليل الشرط، وإنما لا يجوز الفسخ

بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط

لقاعده كون المؤمنين عند شروطهم((۱))، {بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط} غير المخالف للكتاب والسنه ولمقتضى العقد.

أقول: الفرق بين الشرط فی ضمن العقد اللازم، وفی ضمن العقد الجائز، أنه لو لم يف الشرط فی الأول كان للشارط إجبار المشروط عليه، وكان ترك المشروط عليه للشرط فعلاً حراماً لأنه تارك للواجب، أما فی الثانی فمقتضى القاعده أنه ليس للشارط الإجبار، فهو مثل ما إذا لم يف بالعقد الجائز حيث لا يحق لطرفه إجباره، كما لم يفعل تارك الشرط حراماً، وذلك للتلازم بين عدم وجوب الأصل وعدم وجوب الفرع، فالركوع فی الصلاه المستحبه ليس واجباً، لأنه إذا لم يركع بطلت الصلاه لا أنه فعل فعلاً حراماً أو يلزم عمل الركوع، كذلك ليس الأكل فی الصوم المستحب حراماً، فإنه إذا أكل بطل صومه، فلا يلزم على الصائم ترك الأكل ولا يكون أكله حراماً.

وكأنه إلى هذا أشار المسالك حيث قال: (والقراض من العقود الجائزه لا يلزم الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط فی عقده لأن الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه).

وقال فی الجواهر: (يحتمل عدم وجوب الوفاء بالشرط وإن لم يفسخ العقد للأصل السالم عن معارضه آيه:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((۲))، ثم ذكر أن ذلك مراد الشيخ والفاضل فی كلامهما وهو لا يخلو من قوه) انتهى.

ص:۱۸۴

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۱۹ و۲۰ من أبواب المهور ح ۴. الاستيصار: ج۳ ص۲۳۳ الحديث ۴

۲- سوره المائده: الآيه ۱

وکأنه أشار بذلک إلی قول الشیخ، فی مسأله أن یدفع إلیه ألفاً قراضاً لیدفع إلیه ألفا بضاعه: ولو قلنا إن القراض والشرط جائز لا یلزم الوفاء به، لأن البضاعه لا یلزم القیام بها، کان قویاً.

وکذا قول العلامه بأنه لا یلزم الوفاء به لأن العقد جائز من الطرفین.

وقال فی الریاض: إن الأجل المشترط فیها حیث کان غیر لازم بل جائز یجوز لکل منهما الرجوع لجواز أصله بلا خلاف کما مضی فیکون الشرط المثبت فیه جائزاً بطریق أولی.

إلی غیر ذلک من عبارتهم الظاهره فی أن الشرط غیر لازم الوفاء به.

نعم ربما یستدل بلزوم الوفاء بالشرط إذا لم یفسخ بدلیلین:

الأول: قوله «المؤمنون عند شروطهم»((۱)).

الثانی: بعض الروایات الظاهره فی ذلک، مثل ما رواه أحمد بن محمد بن عیسی فی نوادره، عن أبیه قال: قال أبو عبد الله (علیه السلام): «کان للعباس مال مضاربه فکان یشترط أن لا یرکبوا بحراً ولا ینزلوا وادیاً، فإن فعلتم فأنتم ضامنون، فأبلغ ذلک رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) فأجاز شرطه علیهم»((۲)).

لکن کلاهما غیر تام، إذ الأول مثله مثل «لا صلاه إلّا بفاتحه الکتاب» لا شمل إلّا الواجب ولو بالانصراف. ووجه الانصراف ما ذکرناه من التلازم العرفی بین جواز العقد وجواز

۱- الاستبصار: ج۳ ص۲۳۲ ح۷

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب ۱ من أبواب أحکام المضاربه ح۷

الشرط، فكما أن أوفوا بالعقود لا يشمل العقد الجائز، كذلك المؤمنون عند شروطهم لا يشمل الشرط فى الضمن العقد الجائز.

وبهـذا ظهر أنما يستفاد من كلام الجواهر من أن الوفاء بالعقـد الجائز واجب حال عدم فسخ العقد فيندرج فى أوفوا بالعقود، غير ظاهر الوجه، إذ أى معنى لوجوب الوفـاء والحـال أنه يبطله قولاً ـ وعملاً ـ فيأخـذ الوديعه ويفعـل كـل مـا وكل فيه ويتناول العاريه ويأخذ عين المال القراض وعين الموهوب، إلى غير ذلك.

والثانى لا دلاله فيه على الوجوب.

وربما يؤيـد عـدم وجوب الوفاء بالشـرط الروايات المتواتره الـداله على عدم العمل بالشـرط المذكور فى المضاربه حيث لم يقل الإمام (عليه السلام) فى تلك الروايات أنه فعل حراماً وأن للشارط إلزامه، فراجع الوسائل كتاب المضاربه بابها الأول.

وبما ذكرنا يظهر أن إيرادات المسـتمسك على ما ذكروا من الأدله لجواز الشـرط لا يخلو بعضـها عن إشكال، قال: (والتى يمكن أن يكون وجهاً لهذه القاعده _ قاعده اقتضاء جواز العقد جواز الشرط _ أمور:

الأول: الأولويه المشار إليها فى عبارتى الرياض والجواهر، وفيها أنها لا تخلو من خفاء فلا تصلح للإثبات.

الثانى: إن دليل الجواز يدل على جواز العقد بتوابعه والشـرط من توابعه، وقد يظهر ذلك من عباره المسالك، وفيه: إنه غير ظاهر فإن دليل الجواز هو الإجماع

ص:۱۸۶

والمتيقن منه يختص بالعقد ولا يشمل توابعه.

الثالث: إنه لو لزم الالتزام بالشرط مع عدم الالتزام بالعقد لزم الالتزام به ولو مع فسخ العقد، ولا قائل به، وفيه: إن دليل لزوم الشرط يختص بما كان فی العقد فإذا فسخ العقد ارتفع الشرط الذی هو موضوع اللزوم.

الرابع: إن جواز الشرط مقتضی الأصل كما أشار إليه الجواهر، وفيه: إن وجوب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يراد منه الوجوب التكليفی بل الإرشاد إلی نفوذ العقود والشروط، فالشک فی الحقيقه فی اللزوم والجواز يرجع إلی الشک فی جواز الفسخ وعدمه، والأصل عدم ترتب الأثر علی الفسخ) انتهی.

إذ يرد علی الأول: إن الأولويه عرفيه.

وعلی الثانی: إن الدلاله بالتلازم، فإذا دل الإجماع علی الأول ودل علی الثانی لا مجال للأخذ بالقدر المتيقن.

وعلی الثالث: إنه لم أجد من ذكر هذا الدليل، بل لا يمكن منهم أن يقولوه.

وعلی الرابع: أولاً إن الوجوب تكليفی ووضعی، وثانياً إذا لم يعلم اللزوم الوضعی كان الأصل عدمه وهو مقدم علی أصل عدم ترتب الأثر علی الفسخ.

وسيأتی من المصنف اشتهار أن الشروط فی العقود الجائزه غير لازمه الوفاء، وقد سكت عليه غير واحد من المعلقين يبلغون أكثر من عشره، خلافاً لما عرفت من السيد الحكيم فقد أنكر صحه نسبه ذلک إلی الشهره.

ص:١٨٧

ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور

{ولكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور} قد يشترط أن لا يملك الفسخ، وقد يشترط أن لا يفسخ، وقد يشترط أن بعد السنه يبيع ولا يشترى أو بالعكس، أو لا يبيع ولا يشترى.

قيل: مقتضى القاعده أن الشرط الأول باطل، لأنه خلاف مقتضى العقد الذى يقتضى ملكه الفسخ.

وفيه: إنه كيف يصح فى العقد اللازم مثل البيع أن يشترط ذلك الفسخ، أى الخيار، فالأصح أن يقال إن مثل هذا الشرط غير لازم الوفاء لا لأنه خلاف مقتضى العقد إذ الجواز واللزوم خارج عن مقتضى العقد سواء كان لازماً كالبيع أو جائزاً كالمضاربه، ولو قيل بأن شرط اللزوم خلاف مقتضى العقد نوقض بشرط الخيار فى البيع، بل لأنه لا ملزم لهذا الشرط فى ضمن عقد المضاربه، لما تقدم من التلازم بين جواز العقد وبين عدم لزوم الشرط فى ضمنه، فبشرط أن لا يملك الفسخ الذى معناه اللزوم لا ملزم له فى ضمن عقد جائز.

نعم لو شرط ذلك فى ضمن عقد لازم، كما إذا أجرى المضاربه ثم أجرى بيعاً شرط فى ضمنه أن لا يملك فسخ المضاربه، كان مقتضى القاعده لزوم المضاربه.

وبما تقدم فى شرط أن لا يملك الفسخ ظهر حال القسمين الآخرين من الشرط، كأن يشترط أن لا يفسخ، وأن يشترط أن بعد السنه يبيع ولا يشترى وإلى آخره، فالشرط بأن لا يفسخ غير لازم، والشرط أن لا يبيع وإن كان غير ملزم إلّا أن العامل حيث لم يأذن له المالك فى التصرف بيعاً أو شراءً لم يحق له ذلك إذ لا إذن ولا عقد ملزم للمالك حتى يخرج زمام الأمر من يده، فيكون للعامل حق البيع والشراء وإن لم يرض المالك.

ص:١٨٨

بل العقد أيضاً لأنه مناف لمقتضى العقد، وفيه منع، بل هو مناف لإطلاقه

قال فى القواعد: ولو شرط على العامل توقيت المضاربه لم يلزم الشرط والعقد صحيح.

وقال فى مفتاح الكرامه: (توقيت المضاربه يقع مع الإطلاق والتقييد، فالإطلاق أن يقول: قارضتک على هذا المال سنه، والتقييد أن يقول: قارضتك سنه فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتر، أو فبع ولا تشتر، أو بالعكس، ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه، وهو لزومها إلى الأجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء، وكذلك فى الإرشاد، ومثله ما فى جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان، ثم ذكر قريباً من ذلك من النافع واللمعه والرياض) انتهى.

{بل العقد أيضاً} هذا ليس بمشهور، وإنما ذكره بعضهم، أما كون الشرط باطلًا {لأنه مناف لمقتضى العقد} لأن مقتضى العقد جواز الفسخ فاشتراط عدم جواز الفسخ مناف له.

وأما كون العقد باطلًا، فلأن العقد مقيد بالشرط وحيث بطل القيد بطل المقيد، لأن المقصود غير واقع والواقع غير مقصود، وكان جامع المقاصد أشار إلى ذلك بقوله: (القراض المعتبر فى العقد لم يقع إلا على وجه فاسد)، أما ما جعله المستمسک أولى فى التعليل بأن القصد إلى المتنافيين متعذر فيكون العقد غير مقصود فلا يصح، فلم يظهر وجهه، إذ التنافى بين اللزوم والجواز، وهما لا يسريان إلى العقد ليفسداه، ولذا قالوا بأن الشرط الفاسد ليس مفسداً.

{وفيه منع، بل هو مناف لإطلاقه} إذ إطلاق العقد يقتضى الجواز،

ودعوى أن الشرط فى العقود غير اللازمه غير لازم الوفاء ممنوعه، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط

كما أن إطلاق البيع، يقتضى اللزوم، فلا مانع ممن الشرط الذى هو خلاف الإطلاق.

أقول: مقتضى ما تقدم صحه العقد، وبطلان الشرط بأى قسم من الأقسام الثلاثه فى الشرط، ولقد أجاد السيد الجمال فى تعليقه حيث قال: (الظاهر أن ما أفتى به المشهور ببطلانه، وهو ما إذا اشترط أن لا يملك الفسخ إلى زمان كذا، دون ما إذا شرط أن لا يفسخ، نعم مقتضى ما صرحوا به من عدم لزوم الشرط فى ضمن العقود الجائزه هو تساوى وجود هذا الشرط لعدمه وهو كذلك).

{و} كيف كان، فقد عرفت مما تقدم صحه {دعوى أن الشرط فى العقود غير اللازمه غير لازم الوفاء} للتلازم العرفى بين الأمرين.

إلى غير ذلك من الأدله السابقه.

ومنع المستمسک من شهره هذه الدعوى، غير ظاهر الوجه، ولذا قال الحدائق فى محكى كتاب الدين: المشهور أن القراض من العقود الجائزه التى يجوز الرجوع فيها من الطرفين، بل ادعى عليه الإجماع.

وعلى هذا، فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم، وبذلك صرحوا أيضاً ، وكذا كل شرط سائغ، فدعوى أن الشرط لازم مع أن العقد جائز {ممنوعه} لما عرفت.

{نعم} على مذاق من يرى لزوم الشرط وإن جاز العقد {يجوز} للمشروط عليه {فسخ العقد فيسقط الشرط} اللازم، لأن الشرط كان لازم الوفاء عند وجود العقد، فإذا سقط العقد سقط الشرط.

وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه، وهذا إنما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنه يوجب لزوم ذلك العقد

{وإلا فما دام العقد باقياً يجب الوفاء بالشرط فيه} لقاعده «المؤمنون عند شروطهم»([(١)]) وغيرها مما يلزم الوفاء بالشرط، سواء فى العقد اللازم أو الجائز، عندهم.

{وهذا} الذى ذكرناه من أنه يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط {إنما يتم فى غير الشرط الذى مفاده عدم الفسخ مثل المقام} الذى اشترط فيه عدم الفسخ إلى زمان كذا، كما ذكرناه فى أول المسأله، {فإنه يوجب لزوم ذلك العقد} فلا يصح للمشروط عليه الفسخ حتى يفسخ فيسقط الشرط.

نعم إن أجاز له الشارط أن يفسخ حق له الفسخ، لأنه حق وليس بحكم، كما ذكروا فى باب الإقاله فى العقود اللازمه.

(وغير الشرط) فى كلام المصنف، يراد به مثل شرط أن يبيع كذا، أو لا يبيع، وهكذا مما يجعل عقد المضاربه لازماً.

ثم إنه ربما يستشكل على لزوم عقد المضاربه بشرط عدم الفسخ بأنه مستلزم للدور، إذ لزوم العقد متوقف على لزوم الشرط، ولزوم الشرط متوقف على لزوم العقد.

أما الأول: فلأنه لولا الشرط اللازم لم يكن وجه للزوم العقد، فإن ذات العقد ليست بلازمه، وإنما يسبب لزومه الشرط، والشرط إذا لم يكن لازماً لم

١- الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح٤

يكن ملزماً، فإن فاقد الشیء لا يعطيه، فإن ما لا يكون فی نفسه لازماً كيف يكون ملزماً لغيره.

وأما الثانی: فلأنه لولا ـ العقد اللازم لم يجب الوفاء بالشرط، لما تقدم من أن لزوم الشرط فرع لزوم العقد، علی ما يظهر من المشهور.

وحيث إن الدور باطل، فلا يمكن أن يلزم العقد بالشرط.

وفيه: إن الدور معی، فإذا شرط فی العقد أن يفسخ لزم كلاهما، لكنک قد عرفت لزوم العقد بالشرط بدليل آخر، فلا يتوقف عدم لزومه علی دليل الدور.

وبهذا ظهر وجه الإشكال فی كلام المستمسک، حيث قال: (إذا كان وجود العقد شرطاً فی لزوم العمل بالشرط امتنع أن يكون لزوم العمل بالشرط مقتضياً لوجود العقد ومانعاً من فسخه).

وعليه فما رتب المستمسک علی هذا الكلام بقوله: (ومن ذلک يظهر بطلان شرط التأجيل فی جمع العقود الجائزه كالشركه والمضاربه والوكاله وغيرها لأن شرط التأجيل راجع إلی شرط عدم الفسخ إلی الأجل، وقد عرفت بطلانه) انتهی، غير ظاهر.

أقول: قد تقدم فی كلام العلامه ذكر التوقيت فی المضاربه، وقد فسره مفتاح الكرامه بأن له صورتين، أن يقول: قارضتک علی هذا المال سنه، وأن يقول: قارضتک سنه فإن انقضت فلا تبع ولا تشتر مثلاً، وحيث إن الشرط غير لازم علی ما عرفت حق لكل منهما الفسخ قبل السنه فی الصورتين.

نعم إن لم يفسخا فی الثانيه، لم يكن للعامل التعدی عن شرط المالک، لأنه

ص:١٩٢

هذا، ولو شرط عدم فسخها فی ضمن عقد لازم آخر فلا إشکال فی صحه الشرط ولزومه، وهذا یؤید ما ذکرنا من عدم

لیس بمأذون فی التصرف الذی نهاه عنه المالک، ولذا نفذ رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) شرط العباس((۱)).

{هذا، ولو شرط عدم فسخها فی ضمن عقد لازم آخر} کالبیع ونحوه {فلا إشکال فی صحه الشرط} لشمول «المؤمنون عند شروطهم»((۲)) له، وذلک لیس بمناف للکتاب والسنه، ولا لمقتضی العقد.

{ولزومه} لأنه شرط فی عقد لازم، والشرط فی العقد اللازم لازم، ومعنی اللزوم التکلیف والوضع، ولذا قال غیر واحد: إنه إذا شرطت علیه توکیله إلی خمسین سنه فی طلاق نفسها إذا لم یوصل إلیها النفقه أو ما أشبه لزم الشرط، ولا حق له فی إبطال الوکاله التی أعطاها إیاها، ومحل تفصیل الکلام فی ذلک فی بحث الشرط، علی ما ذکره الشیخ فی المکاسب، وغیره فی غیره.

وبذلک یظهر أن قول من قال: بأن هذا الشرط باطل أیضاً کالسید البروجردی، أو نفی الإشکال غیر ظاهر کالسید الحکیم، غیر ظاهر الوجه.

والظاهر أنه لا فرق بین شرط أن لا یفسخ، أو لا یملک الفسخ، إذ کما کان شرط أن لا یفسخ یوجب الوضع، کان شرط أن لا یملک الفسخ عباره أخری عن ذلک.

{وهذا} أی صحه الاشتراط فی ضمن عقد آخر {یؤید ما ذکرنا من عدم

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۳ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۷
۲- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۱۹ من أبواب المهور ح۴

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد، إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضاً، ولو شرط فى عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه أخرى سابقه صح ووجب الوفاء به إلّا أن يفسخ هذه المضاربه فيسقط الوجوب

كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد} بل مناف لإطلاقه {إذ لو كان منافياً لزم عدم صحته فى ضمن عقد آخر أيضاً} كما ذكره الجواهر، وأيده غير واحد من المعلقين، إذ المنافى للعقد لا يمكن شرطه لا فى ضمن نفس العقد، كأن يشترط فى عقد النكاح أن لا تكون المرأه محرمه له، ولا فى ضمن عقد آخر كأن يشترط فى عقد البيع أن لا تكون زوجته محرمه له، فإذا صح الشرط فى ضمن عقد آخر دل على عدم منافاته لمقتضى العقد، فيصح اشتراطه حتى فى نفس العقد إذا لم يكن محذور آخر.

وبذلك ظهر أن الشرط المنافى لمقتضى العقد أو للكتاب والسنه باطل، سواء كان فى ضمن العقد أو فى عقد آخر، وسواء كان كلا العقدين أو أحدهما لازماً أو جائزاً، فإذا شرط فى ضمن النكاح أو المضاربه أن يشرب الخمر بطل الشرط لأنه مناف للكتاب، وإذا شرط أن لا تكون الزوجه محرمه له بطل، سواء كان الشرط فى ضمن النكاح أو المضاربه، وقد ذكروا أن الشرط الفاسد لا يكون مفسداً.

{ولو شرط فى عقد مضاربه عدم فسخ مضاربه أخرى سابقه} لم يلزم الشرط، لما تقدم من أن الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يوجب اللزوم، فقول المصنف: {صح ووجب الوفاء به} محل نظر، ولذا أشكل عليه بعض المعلقين.

{إلا أن يفسخ هذه المضاربه} التى فى ضمنها الشرط {فيسقط الوجوب}

ص:١٩٤

كما أنه لو اشترط فى مضاربه مضاربه أخرى فى مال آخر، أو أخذ بضاعه منه أو قرض أو خدمه أو نحو ذلك وجب الوفاء به

عن المضاربه الأولى {كما أنه لو اشترط فى مضاربه مضاربه أخرى فى مال آخر، أو أخذ بضاعه منه أو قرض أو خدمه أو نحو ذلك وجب الوفاء به} عند المصنف، نعم الشرط صحيح لكن لا يجب الوفاء به عندنا على ما تقدم، وعدم وجوب الوفاء به هو اختيار جمع من الفقهاء.

قال فى مفتاح الكرامه: قال فى جامع الشرائع: لو أعطاه ألفاً قراضاً على أن يأخذ منه ألفاً بضاعه جاز، ولم يلزم الوفاء به، وهو تحرير المبسوط.

أقول: قال فى القواعد: ولو شرط على العامل المضاربه فى مال آخر، أو يأخذ منه بضاعه أو قراضاً أو يخدمه فى شىء بعينه، فالوجه صحه الشرط، وهل مراده ما ذكراه من الصحه بدون لزوم الوفاءِ، كما حكى عن تحريره التصريح بعدم لزوم الوفاء به، أو مراده لزوم الوفاء، كما يظهر من جامع المقاصد حيث قال جامع المقاصد فى شرح عباره القواعد: وجه الصحه عموم قوله تعالى:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((١))، وقوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم»((٢))، وليس الشرط محرماً ولا منافياً لمقتضى العقد، احتمالان، لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعده عدم اللزوم.

١- سوره المائده: الآيه ١

٢- الوسائل: ج١٥ ص٤٩ الباب ٤ من أبواب المهور ح٢. الكافى: ج٥ ص٤٠٤

ما دامت المضاربه باقيه، وإن فسخها سقط الوجوب، ولا بد أن يحمل ما اشتهر من أن الشروط فی ضمن العقود الجائزه غیر لازمه الوفاء علی هـذا المعنی، وإلا فلا وجه لعـدم لزومها مع بقاء العقد علی حاله، کما اختاره صاحب الجواهر بدعوی أنها تابعه للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هی أولی بالجواز، وأنها معه شبه الوعد، والمراد من قوله تعالی: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اللازمه منها.

نعم من يقول بوجوب الوفـاء کالمصـنف يشترط ذلـک بـ_ {ما دامت المضاربه باقيه، وإن فسـخها سـقط الوجوب} لأن اللزوم جاء من قبل العقد، فإذا سقط العقد سقط الوجوب.

{و} کيف کان، فما ذکره المصـنف من أنه {لابد أن يحمل ما اشـتهر من أن الشـروط فی ضمن العقود الجائزه غير لازمه الوفاء علی هذا المعنی، وإلا فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد علی حاله}، قد عرفت سابقاً ما فيه، وأن مقتضـی القاعده هو المشـهور، {کمـا اختـاره صاحب الجواهر} وغيره {بـدعوی أنها تابعه للعقـد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه} أی العقـد {هی أولی بالجواز}، الأولويه لأن تابع الشیء أضعف من الشیء.

{وأنها} أی الشروط {معه} أی مع العقد الجائز {شبه الوعد} إذ لا ملزم له.

{و} عليه فـ_ {المراد من قوله تعالی:(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)((1))} العقود {اللازمه منها

1- سوره المائده: الآيه 1

لظهور الأمر فيها فی الوجوب المطلق، والمراد من قوله (علیه السلام): «المؤمنون عند شروطهم» بیان صحه أصل الشرط، لا اللزوم والجواز

لظهور الأمر فيها فی الوجوب المطلق} فحیث لا لزوم لعقد کان خارجاً عن إطلاق الآیه بالدلیل الخارجی، کالإجماع فی باب المضاربه علی ما تقدم، {والمراد من قوله (علیه السلام): «المؤمنون عند شروطهم»}((١))، إما {بیان صحه أصل الشرط، لا اللزوم والجواز}، وإنما یفهم اللزوم والجواز من الضمیمه، أو أنه ظاهر فی الوجوب واللزوم وخرج منه الشرط فی ضمن العقد الجائز، وکذلک الشرط الابتدائی إن قلنا بأن الشرط یطلق علی الابتدائی أیضاً، وعلیه فلابد أما التصرف فی کلمه (عند) أو کلمه (شروطهم).

أما ماذکره المستمسک من أن الآیه والروایه لا دلاله فیهما علی الحکم التکلیفی وإلا لزم ترتب عقابین علی البائع إذا امتنع عن تسلیم المبیع إلی المشتری، عقاب الغصب والعدوان علی مال الغیر، وعقاب مخالفه وجوب الوفاء، ولا یمکن الالتزام بذلک، فیتعین أن یکون المقصود منها الإرشاد إلی صحه العقد والشرط والنذر، ومقتضی العموم الأزمانی عموم الصحه بحسب الأزمان فیدل علی اللزوم وعدم ترتب أثر علی الفسخ لو وقع، وقد خرج من ذلک نفس العقد الجائز، وبقی الشرط الواقع فی ضمنه علی حاله، إلی آخر کلامه.

فیرد علیه أولاً: إن الوضع والتکلیف وجهان لشیء واحد، لما ذکره الشیخ فی الرسائل من أن التکلیف ینتزع منه الوضع، فلا یکون هناک حکم وضعی

١- الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح۴

إذ لا يخفى ما فيه.

فى قبال الحكم التكليفى، فالآيه والروايه تدلان على الحكم التكليفى، ووحده الحكم توجب وحده العقاب لدى المخالفه.

وثانياً: لو سلمنا تعدد الحكم التكليفى والوضعى، لا يلزم من كون الآيه والروايه فى صدد الحكم التكليفى تعدد العقاب، فإن العقاب على مخالفه الوضعى بالإضافه إلى مخالفه التكليفى خلاف الضروره والإجماع.

وثالثاً: إذا سلمنا خروج العقد الجائز عن إطلاق (أوفوا)، لزم ذلك خروج الشرط فى ضمنه عن اللزوم، لما تقدم من الأدله على أن ما فى ضمن العقد الجائز ليس لازماً، وقد عرفت ذهاب المشهور إلى ذلك.

ورابعاً: إن معنى (أوفوا) و(عند) هو الدوام، لا أن ذلك مقتضى العموم الأزمانى، فإنه لو فسخ لم يكن (وفى) ولم يكن (عند).

وبما تقدم ظهر أن قول المصنف: {إذ لا ـ يخفى ما فيه} محل نظر، كما ظهر أن احتمال أن يكون (أوفوا) و(عند) استعمل فى الأعم الشامل للواجب والمستحب مثل: (اغتسل للجمعه والجنابه) فالوفاء بالعقد اللازم لازم وبالشرط اللازم لازم، أما الوفاء بالعقد الجائز والشرط فى ضمنه فمستحب محل نظر، إذ أنه وإن كان ممكناً حسب تحمل اللفظ لو كانت قرينه، إلّا أنه خلاف الظاهر، إذ ظاهر (أوفوا) الوجوب، وظاهر (عند) البقاء عنده، وذلك مما يلازم الوجوب أيضاً، أو هو عباره أخرى عنه.

مسأله ۳ إذا قال: اشتر بالمال بستانا

(مسأله ۳): إذا دفع إليه مالاً ـ وقال: اشتر به بستاناً مثلاً ـ أو قطيعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزياده القيمه صح مضاربه، وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراک، ففی صحته مضاربه وجهان:

(مسأله ۳): {إذا دفع إليه مالاً ـ وقال: اشتر به بستاناً مثلاً ـ أو قطيعاً من الغنم، فإن كان المراد الاسترباح بهما بزياده القيمه صح المضاربه} لإطلاق الأدله الشامله لمثل ذلک، ومنه يظهر صحه المضاربه فی اشتراء الأرض للمضاربه، ثم اللازم أن تكون نتيجه الأمر الاسترباح ولو لم يكن فی هذا الاشتراء ربح قطعاً بل خساره إذا كان ذلک لازم المعامله، مثلاً اللازم فی عالم التجاره دوران المال من جهه تشغيل العمال ونحوه، وذلک يقتضی التعامل بما يتضرر فی بعض الوقت، فإن مثل هذا التعامل لا يضر بالمقصود من المعامله الذی هو الاسترباح فی آخر الأمر، فتعبيره بالاسترباح لا يراد به إلّا النتيجه ولو البعيده.

{وإن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراک} بين المالک والعامل {ففی صحته مضاربهً وجهان} بل قولان:

الأول: الفساد، قال فی القواعد: (ولو شرط أن يشتری أصلًا يشتركان فی نمائه كالشجر والغنم، فالأقرب الفساد، لأن مقتضی القراض التصرف فی رأس المال).

وقال فی مفتاح الكرامه فی شرحه: (كما هو خيره المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكره والتحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالک).

من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجاره فلا يصح، ومن أن حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجاره.

الثانى: الصحه، كما اختاره مفتاح الكرامه، وقال: (إنه مقتضى إطلاق أكثر عبارات القدماء، وبعض المتأخرين).

وجه البطلان ما أشار إليه المصنف بقوله: {من أن الانتفاع بالنماء ليس من التجاره فلا يصح} لأن القراض عمل تجارى، ولذا قال فى جامع المقاصد: (إن مقتضى القراض الاسترباح بالتجاره وليس موضوع النزاع _ إى اشتراء البستان والغنم _ كذلك فلا يصح القراض عليه وهو الأصح) انتهى.

والظاهر أن الفرق بين دليل القواعد ودليله أن الأول أعم، لأن التصرف قد يكون استرباحاً وقد لا يكون، ففى مثل الغنم والشجر لا تصرف ولا استرباح، فقول المستمسك على جامع المقاصد: (لم يتضح الفرق بين التعليلين) محل مناقشه، وأضاف المستمسك قوله: (العمده عدم دليل على صحه المضاربه فى المقام ومفهومها العرفى يأباه.

{ومن أن حصوله} أى الربح {يكون سبب الشراء فيكون بالتجاره} بعد صدق المضاربه والتجاره عرفاً على ذلك، فيشمله عنوانا التجاره والمضاربه الواردان فى النص والفتوى.

ومنه يعلم عدم الاحتياج إلى صدق التصرف الذى ذكره العلامه، كما يعلم وجه النظر فى استدلالى جامع المقاصد والمستمسک، كما أنه لا يبقى مجال للأصل الذى تمسك به الجواهر دليلاً على عدم ترتب الأثر.

ص:٢٠٠

والأقوى البطلان مع إراده عنوان المضاربه، إذ هی ما یکون الاسترباح فیه بالمعاملات وزیاده القیمه، لا مثل هـذه الفوائـد، نعم لا بأس بضمها إلی زیاده القیمه

أما قول الجواهر إنه لم یعرف القول بالصحه لأحد من أصحابنا، فإن أراد الصریح فقد عرفت فتوی مفتاح الکرامه بالصحه، وإن أراد إجمالاً فقد تقدم أن إطلاق غیر واحد من القدماء والمتأخرین یشمله، ولذا قوی بعض المعاصرین الصحه {و} هو الأقوی، خلافاً لتردد الشرائع وقول المصنف: {الأقوی البطلان مع إراده عنوان المضاربه، إذ هی ما یکون الاسترباح فیه بالمعاملات وزیاده القیمه} لا مثل هذه الفوائد، وفیه ما عرفت فی جواب القائل بالبطلان.

{نعم لا بأس بضمها إلی زیاده القیمه} کما عن المبسوط والسرائر والتذکره والجامع، وقال فی المسالک: (واعلم أن المنع إنما هو فی حصر الربح فی النماء المذکور، کما تقتضیه هذه المعامله، وإلا فلا یمنع کون النماء بینهما، ویحتسب من جمله الربح علی بعض الوجوه، کما إذا اشتری شیئاً له غله فظهرت غلته قبل أن یبیعه، فإنها تکون بینهما من جمله الربح، إلّا أن الربح لم یحصراه فیها لإمکان تحصیله من أصل المال) انتهی.

وحیث إن إطلاق أدله المضاربه یشمل النماء أیضاً، لا فرق بین تعرض المتعاقدین للنماء وعدمه، فإنه داخل فی الربح علی أی حال.

ومنه یعلم أن قول المستمسک: (إذا حصل النماء من باب الاتفاق، ولم یکن قد تعرض له المتعاقدان، فالقاعده تقتضی کونه للمالک، لأنه نماء ملکه، ولا وجه لمشارکه العامل فیه) محل إشکال، إذ بعد شمول إطلاق عقد المضاربه

وإن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات.

له لا وجه لاختصاص المالك به، وعليه فلا فرق بين اشتراط كون النماء لهما صريحاً أو إطلاقاً.

نعم لو كـان النمـاء خارجـاً عن الإطلاـق كـان اللازم كونه للمالك، لأنه نماء ملكه، فتأمل، كما أنه إذا شـرط فى عقـد المضاربه كون النماء كلاً للعامل صح الشرط، وإن لم يلزم الوفاء به من جهه أن الشرط فى العقد الجائز غير لازم الوفاء به.

{و} كيف كان، فـ {إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربه فيمكن دعوى صحته للعمومات} أى عموم **(أوفوا بالعقود)** ونحوه، على ما تقدم من أن العمومات تشـمل كل عقد، ولو لم يكن فى زمن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) والأئمه (عليهم السـلام)، إذ احتمال اختصاص العمومات بالمتعارف من جهه الانصـراف قـد تقدم الإشـكال فيه، كما أفتى بذلك المسـتمسك، وسكت جمله من المعلقين على الماتن مما يظهر رضاهم به، نعم أشكل فيه آخرون، بل جعله بعضهم باطلاً.

ص:۲۰۲

مسأله ۴ اشتراط کون الخساره علیهما

(مسأله ۴): إذا اشترط المالک علی العامل أن یکون الخساره علیهما کالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففی صحته وجهان، أقواهما الأول، لأنه لیس شرطاً منافیاً لمقتضی العقد کما قد یتخیل، بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه کون الخساره علی المالک وعدم ضمان العامل إلاّ مع التعدی أو التفریط.

(مسأله ۴): {إذا اشترط المالک علی العامل أن یکون الخساره علیهما کالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففی صحته وجهان} بل قولان {أقواهما الأول} أی الصحه، لإطلاق أدله الشروط((۱))، وعدم منافاه هذه الشروط إلاّ لإطلاق المضاربه، لا لمقتضاها ولا للکتاب والسنه.

{لأنه لیس شرطاً منافیاً لمقتضی العقد، کما قد یتخیل} ذکره القواعد وهو القول الثانی، قال: ولو اشترط ما ینافیه فالوجه بطلان العقد، مثل أن یشترط ضمان المال أو سهماً من الخسران، وعلله جامع المقاصد بأنها منافیه لمقتضی العقد شرعاً فیبطل العقد بها، لأن التراضی المعتبر فیه لم یقع إلا علی وجه فاسد فیکون باطلاً.

وقال فی مفتاح الکرامه: (البطلان فیها صریح التذکره فی آخر الباب، والإیضاح، وقضیه کلام الباقین).

{بل إنما هو مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه} أی مقتضی الإطلاق {کون الخساره علی المالک وعدم ضمان العامل إلا مع التعدی أو التفریط} ولذا قال فی الجواهر:

ص:۲۰۳

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۴۹ الباب ۴۰ من أبواب المهور ح۲

(إن جميع هـذه الأـمور من الأحكـام، أو مـا هو مقتضـى إطلاـق العقـد، لاـ أنها من منافياه مقتضاه التى تعود عليه بالنقص، فتأمل جيداً) انتهى.

والفرق بين مقتضـى الإطلاق والأحكام أن الأول ما يكون من حقيقه العقـد عرفاً الـذى قرره الشارع، والثانى ما رتب الشارع عليه من الحكم مما لا يرتبط بالعرف، مثلًا الشارع اشترط الصيغه فى النكاح، بينما العرف لا يرى ذلك، حيث إنهم يرون كفايه الرضا بالزوجيه من الطرفين، فإن اللفظ ليس إلّا مظهراً، فإذا كان المظهر غيره كفى.

لأنه يقال: إن كون الخساره على العامل كلًا أو بعضاً، خلاف الدليل الذى دل على أن «الأمين ليس عليه إلّا اليمين».

لأنه يقال: وإن كان خلاف ذلك، إلّا أن ذلك خلاف إطلاقه، لا ما إذا شرط ضمانه.

وبما تقـدم ظهر أن ما فى تعليقه السـيد البروجردى وبعض آخر، من أن اشتراط كون الخساره على العامل، كأنه اشتراط لأمر غير معقول، محل منع، فأى غير معقوليه لهذا الشرط، ولنفرض أن المالك عنده مائه يريد ادخاره ليوم حاجته ويأتيه العامل للمضاربه، وحيث إنه لا يتحمل الخساره يشـرط عليه هـذا الشـرط، فهل هـذا غير معقول ولو عرفياً، بله كونه معقولاً عقلياً، فإن العامل العاقل يقـدم على مثل ذلك إذا كان يرى فيه احتمال الربـح العقلائى كإقدام كل أصـحاب الأموال على مثل ذلك، ويؤيده صـحه مثل هذا الشرط جمله من الروايات:

مثل المروی عن الرسول (صلی الله علیه وآله وسلم) فی کتب الفریقین «الخراج بالضمان»((۱))، حیث دل علی أن الربح فی قبال الخساره، فإذا کان العامل یربح فهو یخسر عند الخسران.

لا ـ یقال: الحدیث منصرف من هذه الصوره، لأن العامل یعطی عمله وخساره المال ویکون حینئذ أسوأ من دابه الکراب، حیث إنها تشبع فی قبال عملها.

لأنه یقال: بالإضافه إلی أن الاستحسانات لا ـ مجال لها فی الفقه، وإلی أن النقض وارد علی نفس القائل، حیث إنه یصح عدم شیء للعامل عند الخساره فیکون أسوأ أیضاً من دابه الکراب، حیث لم یشبع العامل فی قبال عمله، إن الخساره تکون علی المالک والعامل علی حد سواء، إذ المال عمل مجسم للمالک، فإذا جعل الخساره بینهما، کان قد خسر کل من المالک والعامل: المالک عمله المجسم والعامل عمله الیدوی، بالإضافه إلی عمله المجسم الذی هو المال الذی یعطیه للمالک خساره، وحیث إن کل واحد یخسر عمله لا ـ فرق بین الزیاده والنقیصه فی العمل، مثلاً ـ عمل المالک یومین حتی حصل علی دینارین وخسرهما العامل إیاهما فی یوم، حیث یعطی دیناراً للمالک، حسب شرط تقسیم الخساره بینهما نصفین، فإن المالک خسر عمل یوم والعامل

۱- انظر الوسائل: ج۱۳ ص۲۵۷ الباب ۱۷ من أبواب الإجاره ح۱, ۲, ۳, ۴. المستدرک: ج۲ ص۴۷۳ الباب ۷ من أبواب الخیار ح۳. انظر السنن لابن ماجه: ج۲ الباب ۴۳ من أبواب التجارات

خسر عمل يومين، يومه الذى ذهب فى الخساره، ويومه الثانى الذى ربح فيه ديناراً وأعطاه للمالك.

وقد تتساوى الخسارتان، فقد عمل المالك يوماً حتى ربح دينارين وخسرهما العامل فى نصف يوم، وربح فى النصف الثانى دينارين حيث يعطى ديناراً منها للمالك، فيكون الحاصل أن كلاً منها عمل يوماً، وكأن ناتجه له ديناراً.

وإذا فرض أن العامل حصل ثلاثه دنانير فى نصف اليوم كانت خساره المالك أكثر، حيث إن المالك حصل ديناراً لعمل يوم، والعامل حصل دينارين.

وفى حسن الكاهلى، عن أبى الحسن موسى (عليه السلام)، فى رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربه، فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه، قال (عليه السلام): «على المضارب من الوضعيه بقدر ما جعل له من الربح»((1)).

وهذه الروايات ناظره إلى المضاربات العرفيه، حيث يجعلون الخساره والربح بالنسبه إلى كليهما، فلا وجه لجعل الحديث متروكاً، كما قال به بعضهم.

أما صحيح محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام) فى حديث: إن علياً (عليه السلام) قال: «من ضمن تاجراً فليس له إلاّ رأس ماله، وليس له من الربح شيء»((2))، وفى بعض طرقه: «من ضمن مضاربه»((3)) فلا ينافى ما ذكرناه، لاحتماله أن

ص:۲۰۶

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۶ الباب ۳ من أبواب المضاربه ح۶

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۶ الباب ۴ من أبواب المضاربه ح

۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۶ الباب ۴ من أبواب المضاربه ح۱

یکون المراد إعطاء المالک مالاً للتاجر لیتجر به لنفسه، لا مضاربه، فلیس للمالک ربح، کما لیس له خساره، والنسخه الثانیه غیر ثابته، فلا تکون دلیلاً علی خلاف ما ذکرناه، ولذا حمله فی محکی الوافی وغیره علی أن یکون المال قرضاً، ولا یرد علیه ما فی المستمسک قائلًا: (وهو مع أنه خلاف الظاهر منه مخالف للقواعد)، إذ لم یعرف وجه کونه خلاف الظاهر منه، ولا کونه مخالفاً للقواعد.

أما روایات کون الوضعیه علی المالک فهی غیر منافیه، لأنها ذکرت مطلقه، لا أنها کذلک حتی فی حال الشرط، فهی مثل سائر روایات أحکام المعاملات حیث یمکن رفع جمله منها بالشرط.

ففی صحیح إسحاق بن عمار، عن أبی الحسن (علیه السلام) قال: سألته عن مال المضاربه، قال (علیه السلام): «الربح بینهما، والوضیعه علی المال»((۱)).

وفی صحیح الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «المال الذی یعمل به مضاربه له من الربح، ولیس علیه من الوضیعه شیء، إلّا أن یخالف أمر صاحب المال»((۲)).

ومثلهما روایه الکنانی، وغیرها((۳)).

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۶ الباب ۳ من أبواب المضاربه ح۵
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۶ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۴
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۶ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۶

واحتمال أن يكون ذلك مقتضى العقد خلاف الظاهر، حيث إن العقد عرفي، والعرف يرى أن ذلك مقتضى إطلاق العقد.

وبـذلك تبين أن الإشـكال على الشـرط المـذكور بـأنه خلاف مقتضـى العقـد أو خلاف الكتاب والسـنه أو خلاف العقل، وعليه فيفسد الشرط فقط، أو يفسد العقد أيضاً، كما ذهب إلى كل بعض، غير ظاهر الوجه.

ص:٢٠٨

مسأله ۵ شروط أحدهما على الآخر

(مسأله ۵): إذ اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلانى، أو إلاّ إلى البلد الفلانى، أو لا يشترى الجنس الفلانى، أو إلاّ الجنس الفلانى، أو لا يبيع من زيد مثلاَ، أو إلاّ من زيد، أو لا يشترى من شخص، أو إلاّ من شخص معين

(مسأله ۵): {إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً} فى مده المضاربه، لا لأجل الأعمال التجاريه، ولا لأجل نفسه فى زياره أو غيرها، السفر الشرعى، أو حتى غير الشرعى، والمتبع عند الشك الفهم العرفى، حيث إنهم يفهمون مطلق السفر لا الشرعى منه، فإذا كان عاصياً فى سفره مما لا حكم شرعى له، كان مشمولاً لنهى المالك.

{أو إلى البلد الفلانى، أو إلاّ إلى البلد الفلانى}، أو المستغرق لزمان كذا، كالسفر عشره أيام، أو فى شهر شوال مثلًا، أو بالوسيله الفلانيه كالدابه، أو مع الرفقه الفلانيه، إلى غير ذلك من مقيدات السفر إيجاباً أو سلباً.

{أو لا يشترى الجنس الفلانى، أو إلاّ الجنس الفلانى}، أو بسائر القيود المربوطه بالجنس إيجاباً أو سلباً.

{أو لا يبيع من زيد مثلًا، أو إلاّ من زيد}، أو كان نهيه وأمره مقيداً بقيد مثل ألاّ يبيع من زيد فى الصيف، أو لا يبيع له إلاّ فى الصيف، حيث يرى المالك اختلال تصرف زيد فى أحد الوقتين، إلى غير ذلك من الأمثله.

{أو لا يشترى من شخص، أو إلاّ من شخص معين}، أو النوع بدل الشخص إيجاباً أو سلباً، أمراً ونهياً، مطلقاً أو مع قيود، زمانيه أو مكانيه، أو غيرهما.

{أو نحو ذلك من الشروط} مما يجمعها الشروط الزمانيه والمكانيه والمعامليه كالنقد والنسيئه، والوسائليه مثل السفر ووسيلته، والطرفيه، أى طرف المعامله،

فلا يجوز له المخالفه، وإلا ضمن المال لو تلف

أو شـىء خـارج عن المعـامله، مثل أن يتزوج، حيث يرى المالك أن عـدم زواج العامل يسـبب تهمته، مما لا يناسب المالك أن يكون عامله كذلك، إلى غير ذلك

{فلاـ يجوز له المخالفه}، كما ذكر بعض الشـروط المـذكوره وقال بصـحتها المبسوط والشـرائع والتـذكره والقواعـد والمسالك وجـامع المقاصـد والمفاتيـح والغنيه والسـرائر وغيرهم، وادعى بعضـهم عـدم الخلاـف، أو الإجمـاع على الصـحه، ونص بعضـهم بالصحه، وإن ضاقت بذلك التجاره.

أما أصل جواز الشـرط، فيدل عليه إطلاق: «المؤمنون عند شروطهم»، والروايات الخاصه فى المقام مما تقدم بعضها ويأتى بعضها الآخر.

وأما أنه لا يجوز له المخالفه، فالمراد به تارهً عـدم الجواز تكليفاً، وذلك إذا تصـرف فى المال تصـرفاً ممنوعاً منه، مثلاً قال له: لا تذهب بالمال إلى بلد آخر، أو لا تعطه إلى زيد، أو ما أشـبه ذلك، فإنه تصرف غير مأذون فيه، وذلك حرام كتاباً وسنهً وإجماعاً وعقلاً.

وتارهً عـدم الجواز وضـعاً إلى عـدم النفوذ، كما إذا قال له: لا تبع من زيـد، فباع منه، فإنه لا يجوز البيع، أى لا ينفذ إذا باع، وإنما يكون فضولياً إن اجازه المالك جاز وإلّا بطل.

ومنه يعلم أن قوله: {وإلّاـ ضـمن المال لو تلف} لابـد وأن يراد به ما إذا تصـرف فى المال تصـرفاً عملياً خلاف إذن المالك، إذ التصرف غير العملى كالبيع ممن منعه عن بيعه بدون التسليم له، لا يوجب تلفه الضمان، لأنه لم يعمل عملاً

بعضاً أو كلًا

فى المال، ومجرد العقد لا يوجب الضمان، تلف أو لا، إذا لم يكن التلف بتعد أو تفريط.

{بعضاً أو كلاً ـ} لإطلاق دليل اليد وغيره، نعم قد يقال: بإنه إذا تصرف تصرفاً عملياً فى المال، إنما يكون ضمان إذا كان التصرف سبباً لذلك، لا ـ ما إذا كان التلف على أى حال، مثلاً قال المالك: لا تدع الماشيه ليلًا فى المراح خوفاً من السارق، والعامل لم يسمع وجعلها فى المراح، وجاء السارق وسرقها، ولم يكن فرق فى كونه تسرق بين كونها فى المراح أو غيره، فإن دليل اليد وإطلاق دليل الضمان فى المورد منصرف عن مثل ذلك.

ثم لو شرط عليه شرطاً وعلم أنه لو اتبع الشرط عطب، كان عليه عدم اتباع الشرط، فلو اتبعه كان ضامناً، كما إذا قال له: اجعلها فى المراح، وعلم بأن السارق يسرقها من المراح دون الاصطبل مثلًا، فإنه لا يحق له جعلها فى المراح، لأن الشرط منصرف عن هذه الصوره، اللهم إلاّ ـ إذا صرح بأنه يجعلها فى المراح وإن علم أنها تسرق، إذ لا حرمه ولا ضمان حينئذ، اللهم إلاّ إذا كان حرمه كونه تعاوناً على الإثم، حيث إن السرقه حرام، أو كان اتباع شرط المالك حراماً شرعاً، كما إذا علم أن وضعها فى المراح يوجب لدغ الحيه لها فتهلك، فإنه إتلاف للمال، وهو غير جائز شرعاً.

ثم إنه لا خلاف فى الضمان إذا تلف المال، ويدل عليه جمله من النصوص، مثل صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألته عن الرجل

وضمن الخساره مع فرضها، ومقتضى القاعده

يعطى المال مضاربه وينهى أن يخرج به فخرج، قال (عليه السلام): «يضمن المال والربح بينهما»((1)).

وصحيح الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال فى الرجل يعطى المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن كان الربح فهو بينهما»((2)).

وفى روايته الأخرى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يعطى الرجل مالاً ـ مضاربةً فيخالف ما شرط عليه، قال (عليه السلام): «هو ضامن والربح بينهما»((3))، إلى غير ذلك من الروايات.

{وضمن الخساره مع فرضها} بأن لم يتلف المال وإنما خسر {ومقتضى القاعده} أن ما يذكر فى المضاربه على ثلاثه أقسام:

الأول: ما يكون مصب العقد، مثل عقد المضاربه لاشتراء الغنم، فاشترى بقراً.

الثاني: ما يكون خارجاً عن مصب العقد، لكن على نحو القيد، فيكون المصب مقيداً حتى إذا انتفى القيد انتفى المصب.

الثالث: ما يكون شرطاً، أى على نحو الالتزام فى الالتزام، حتى إذا لم يعمل

1- الوسائل: ج13 ص181 الباب 1 من أبواب المضاربه ح1
2- الوسائل: ج13 ص181 الباب 2 من أبواب المضاربه ح2
3- الوسائل: ج13 ص182 الباب 1 من أبواب المضاربه ح5

وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إراده القيديه إذا أجاز المعامله، وثبوت خيار تخلف الشرط على فرض كون المراد من الشرط الالتزام فى الالتزام

العامل بالشرط، كان العقد باقياً، وإنما للمالك خيار تخلف الشرط.

ثم الـداعى فى الثانى والثالث قـد يكون خوف الخساره فيقيد، أو يشترط المعامله بأن لا يكون مواد الإنشاء لخوف الخساره، وقد يكون غير خوف الخساره، بل بداع آخر مثل أنه لا يريد التعامل مع زيد وإن كان ربح.

ففى قسم الأول: إذا خالف كانت معامله فضوليه، لأنها خارجه عن مصب المعامله.

وفى القسم الثانى: إذا خالف كانت المعامله فضوليه أيضاً، لأن المقيـد يـذهب بـذهاب قيـده، من غير فرق بين أن يكون الـداعى خوف الخساره أو غيره، إذ الداعى لا مدخليه له فى المعامله، فلا فرق فى فضوليه المعامله بين عدم الربح والربح.

وفى القسم الثالث: تكون المعامله صحيحه، وإنما للمالك خيار تخلف الشرط، من غير فرق بين الداعيين.

وإلى ما ذكرناه أشار المصـنف بقوله: ومقتضى القاعده {وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إراده القيديه} سواء كان المقيد مصباً كما فى القسم الأول، أو قيداً كما فى القسم الثانى.

{إذا أجـاز المعـامله} لأنهـا فضوليه {وثبوت خيـار تخلف الشـرط على فرض كون المراد من الشـرط الالتزام فى الالتزام} وكون الربح فى القسمين

وكون تمام الربح له على تقدير الفسخ، إلاّ أن الأقوى اشتراكهما فى الربح

الأولين، قد يكون لكلا العامل والمالك إذا كان من قبيل زياده قيمه الثوب بالصبغ مما يوجب الشركه، وإن كان فاعل ذلك غاصباً، وقد يكون للمالك فقط إذا لم يكن من قبيل الشركه القهريه.

{وكون تمام الربح له} أى للمالك {على تقدير الفسخ} فى القسم الثالث إذا لم يكن من قبيل الشركه القهريه، وإلا لهما إذا كان من قبيل الشركه القهريه، أو إذا لم يأخذ المالك بخيار الشرط فبقيت المضاربه على حالها.

{إلا أن الأقوى اشتراكهما فى الربح} على ما قرراه فى المضاربه فى كل الأقسام الثلاثه، وقد نسب إطلاق الاشتراك فى الربح إلى الأصحاب.

وعلى ماذكرناه فالكلام فى أمرين:

الأول: فى كون مقتضى القاعده ما ذكره المصنف وأيدناه.

الثانى: فى أن كلام الأصحاب تبعاً للروايات، هل يشمل كل الأقسام الثلاثه أم لا.

أما الأول: فقد عرفت أن مقتضى القاعده هو كلام المصنف، مع بعض الملاحظات التى ذكرناها على كلامه.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام المستمسک حيث ذكر قسماً رابعاً بقوله: (أن يأمر المالك به أو ينهى عنه، من دون ملاحظه كونه شرطاً له على العامل ولا قيداً للعمل، بل لوحظ لنفسه لما فيه من الفائده، مثل أن يقول: احمل النقد

فی همیان، أو اتخذ حارساً یحفظ مال التجاره) إذ فیه: إن ذلک إن کان أمراً خارجاً عن المعامله لم یرتبط بالمضاربه فلا وجه لعده فی سیاق الأقسام الثلاثه، وإن کان أمراً داخلاً کان مصباً أو قیداً أو شرطاً، ولا یتصور قسم رابع.

ثم إنه قسم المقوم والخارج إلی قسمین بقوله:

(الأول: ما یؤخذ قیداً فی مقام الواقع، کما إذا قال: لا تتجر بالأکفان، ولو خالف کان غیر مأذون فیه، فصحتها علی خلاف قاعده السلطنه، لا تصح إلّا بإجازه المالک.

والثانی: ما أخذ قیداً فی مقام الظاهر خوفاً من الخسران، کما إذا قال: لا تشتر التمر فإنه خطر فاشتری تمراً وربح، فالمعامله وإن کانت غیر مأذون فیها ظاهراً، مأذون فیها واقعاً، ولا منافاه بین الأمرین، لعدم التنافی بین الحکم الظاهری والواقعی، فالمعامله صحیحه ولا تحتاج إلی الإجازه).

وفیه: إن الاختلاف قد یکون بالداعی، وقد یکون بتوجه المعامله وعدمه، فإن کان الاختلاف بالداعی کان عدم اتجاره بالأکفان وبالتمر علی نسق واحد فی المنع، ولا یهم اختلاف الداعی فی کون المعامله فضولیه، وإن کان الاختلاف بتوجه المعامله وعدمه، فلا ربط للظاهر والواقع، وکلاهما واقع حینئذ، إلی غیرهما من واقع النظر فی کلامه (رحمه الله).

وأما الثانی: فالظاهز إطلاق النص والفتوی، فإن الأقسام الثلاثه متعارف فی المعاملات، ومع ذلک لم تنبه الروایات علی الفرق بینها، واختلاف تعبیر الروایات إنما یستفاد منها الاختلاف فی التعبیر العرفی لا الدقه، فقد تقدم فی

روایه محمد بن مسلم: وینهی أن یخرج به فخرج، قال (علیه السلام): «یضمن المال والربح بینهما»((۱)).

وفی روایه الحلبی المتقدمه: وائت أرض کذا وکذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: «فإن جاوزها وهلک المال فهو ضامن، وإن اشتری متاعاً فوضع فیه فهو علیه، وإن ربح فهو بینهما»((۲)).

وفی روایه الحلبی: فیخالف ماشرط علیه، قال (علیه السلام): «هو ضامن والربح بینهما»((۳)).

وفی روایه الکنانی، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن المضاربه یعطی الرجل المال یخرج به إلی الأرض، وینهی أن یخرج به إلی أرض غیرها، فعصی فخرج به إلی أرض أخری فعطب المال، فقال: «هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بینهما»((۴)).

وفی روایه الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، أنه قال: «فی المال الذی یعمل به مضاربه له من الربح، ولیس علیه من الوضیعه شیء، إلاّ أن یخالف أمر صاحب المال، فإن العباس کان کثیر المال وکان یعطی الرجال یعملون به مضاربه ویشترط علیهم أن لا ینزلوا بطن واد، ولا یشتروا ذا کبد رطبه، فإن خالفت

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۱ الباب ۱ من کتاب المضاربه ح۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۱ الباب ۱ من کتاب المضاربه ح۲
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۵
۴- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب۱ من أبواب المضاربه ح۶

لجمله من الأخبار الداله على ذلك

شيئاً مما أمرتك فأنت ضامن للمال((۱)).

وعن جميل، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل دفع إلی رجل مالاً يشتری به ضرباً من المتاع مضاربه، فذهب فاشتری غير الذی أمره، قال: «هو ضامن والربح بينهما على ما شرط»((۲)).

وعن أبی بصير، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی الرجل يعطی الرجل مالاً مضاربه وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: «هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»((۳)).

إلى غيرها من الروايات.

وبناءً على هذه الروايات، فهما مشتركان فی الربح على ماقررا، {لجمله من الأخبار} المتقدمه {الداله على ذلك}، أما ماذكره السيدان البروجردی والجمال، والعباره للاول: (لا يبعد ورودها على طبق القاعده، فإن غرض المالك من المضاربه هو استنماء المال وإنما يمنع عن العمل على وجه خاص لجهله بالواقع وكونه عنده معرضاً للخسران مثلًا، فإذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لأجله فاستحق نصيبه منه، وإن كان خرج بها عن الأمانه).

فيرد عليه أولًا: إن أصل الربح يختلف عن كميته، فيمكن أن يكون الربح إذا عمل بنظر المالك أضعاف الربح الذی ربحه مع مخالفه المالك.

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۷
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۹
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۳ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۱۰

ولا داعی إلی حملها علی بعض المحامل

وثانیاً: هل یقول السیدان بمثل ذلک فی سائر المعاملات، کما إذا أعطاه مالاً ـ لیرهن داراً وقصده أن یسکنها فاشتراها، أو بالعکس، حیث إن المال لا یفنی علی کلا الحالین، ویمکن نضه عند الاشتراء ببیع الدار إذا لم یردها، إلی غیر ذلک من الأمثله، فإنه لوکان الداعی مؤثراً لزم القول به فی کل مکان، وإن لم یکن مؤثراً کانت هذه الروایات علی خلاف القاعده.

نعم یمکن أن یجعل هذه الروایات علی وفق القاعده باعتبار أن الربح ولید المال والعمل، فاللازم تقسیمه بینهما، فیکون حاله حال ما إذا صبغ الغاصب الثوب فارتفعت قیمته، حیث یکون الربح بینهما، وإن کان التلوین علی خلاف رضایه المالک.

ومثله یقال إذا کان لزید أرض ومواد بناء فبناهما البناء بدون رضی زید، حیث إن ارتفاع الدار یکون بینهما، وکذا إذا سمن الغاصب غنم المالک برعیها فی الأعشاب تکون زیاده القیمه لهما.

إلی غیر ذلک من الأمثله خصوصاً إذا لم یکن الأمر علی وجه الغصب والمخالفه العمدیه، بل من جهه النسیان والاضطرار وما أشبه، حیث یشمله «لا یتوی حق امرئ مسلم»((۱)) ونحوه.

{ولا داعی إلی حملها علی بعض المحامل} کما فی الجواهر قال: (ویمکن تنزیل هذه النصوص علی إراده بقاء الإذن فی المضاربه، وإراده الضمان من الاشتراط، کما یؤمی إلیه ما فی ذیل صحیح الحلبی السابق((۲))، وخصوصاً ذکره (علیه السلام) له بعنوان التعلیل للحکم، بل لعل ذلک

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ الباب ۱ من أبواب نوادر الشهادات ح۵
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۱۸۲ الباب ۱ من أبواب المضاربه ح۵

ولا إلى الاقتصار على مواردها لاستفاده العموم من بعضها الآخر.

هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط، كما عساه يومی إليه خبر رفاعه، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، فی مضارب يقول لصاحبه: إن أنت أذهبته أو أكلته فأنت له ضامن، قال: «هو له ضامن إذا خالف شرطه») انتهی.

وذلک لأن بعض الروايات مطلقه، والقرينتان لا تصلحان لتقييد المطلقات، ولذا ذهب المشهور من المعاصرين إلى ما ذهب إليه المصنف، ولم يرتضوا بحمل الجواهر، ولو جعلنا الروايات على القاعده بناءً على ما ذكرناه كان الحمل خلاف القاعده أيضاً.

{ولا إلى الاقتصار على مواررده‍ا} قال فی الجواهر: (ومن هنا جعل بعض الناس على ما فی النصوص ولعل اقتصار المصنف على هاتين الصورتين لذلک) ومراده قول الشرائع: (ولو أمره بالسفر إلى جهه فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياع شیء معين فابتاع غيره ضمن، ولو ربح والحال هذه کان الربح بينهما بموجب الشرط) انتهی.

ثم قال الجواهر: (لکن لا يخفی عليک ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الداله على الأعم من ذلک، وهو کل شرط قد خولف، وهو الذی جزم به غير واحد) إلى آخر کلامه، لکن تخصيصه الأمر بالشرط لا وجه له بعد أن عرفت أن الأمر على ثلاثه أقسام.

{لاستفاده لعموم من بعضها الآخر} وقول المستمسک: (لا يظهر وجود العام الدال على الاشتراک فی الربح مع المخالفه، وإنما الموجود العام الدال على

الضمان مع المخالفه لا غير)، محل إشكال كما لا يخفى.

ثم لو خالف ثم رجع إلى شرط المالك والمال لم يصب بأذى فهل يكون ضامناً أم لا، كما إذا شرط عليه السفر من بغداد إلى كربلاء، فسافر إلى الحله، ثم رجع إلى بغداد فسافر إلى كربلاء، أو شرط عليه أن لا يتاجر بالحنطه فتاجر بها ثم باعها من غير ربح ولاخساره ونقد المال فاشترى به القطن مثلاً، احتمالان.

وإن كان مقتضى القاعده التفصيل بين إرادته عدم ذلك إطلاقاً فيكون الضمان، أو عدم ذلك عند التجاره بالمال بقصد المضاربه فى الجمله فلا ضمان، فإن العقود تتبع القصود.

ثم الظاهر أن مخالفه المالك توجب الضمان، سواء كان الشرط من شؤون المال كالتجاره بالجنس الفلانى، أو خارجاً عنها كاشتراط أن يقرأ القرآن كل صباح، وذلك لإطلاق أدله الشرط.

وما ذكره المستمسك من الإنصراف عن الخارج مع تسليمه بأن شمول الشرط لكلا القسمين هو مقتضى إطلاق بعض النصوص والكلمات، محل منع.

ص:۲۲۰

مسأله ۶ خلط العامل رأس المال

(مسأله ۶): لاـ يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره، إلّا مع إذن المالك عموماً، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحه، إن كان هناك مصلحه، أو خصوصاً

(مسأله ۶): {لاـ} بأس بأن يعمل العامل فی المال مختلف التقلبات التی یلزمها التجاره ف_ {یجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر} وذلک لأنه من أنحاء التجاره التی یعملها التجار، سواء کان ذلک المال {لنفسه أو غیره}، أقل أو أکثر أو مساویاً لرأس المال {إلا مع} نهی المالک، ونهیه یکون علی الأقسام الثلاثه، مصباً أو قیداً أو شرطاً، کما تقدم.

وعلیه فلاـ یحتاج {إذن المالک} بالخلط، خلافاً لمن جعل الأصل عدم الجواز إلا مع الإذن، کالشرائع والمسالک وغیرهما، وتبعهم المصنف، وعلله أولهما بأنه تصرف غیر مشروع، وثانیهما بأنه أمانه لا یجوز خلطها کالودیعه، وظاهر المنصف تعلیله بأنه لا إذن، وقربه المستمسک بما دل علی حرمه التصرف فی مال أحد إلّا بإذنه، فإن لم یکن إذن فی التصرف عام أو خاص حرم.

وفی الکل ما لا یخفی، إذ المتعارف فی التجاره الإطلاق إلّا ماخرج، حاله حال سائر الخصوصیات، حیث لا یلزم الإذن فیها.

وکیف کان، ف_ {إذن المالک عموماً، کأن یقول: اعمل به حسب ما تراه مصلحه، إن کان هناک} فی الخلط {مصلحه}، وإلا فلیس هذا العموم یشمل الخلط، {أو خصوصاً} کأن یقول: یجوز لک خلطه بغیره.

ص:۲۲۱

فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلاّ أن المضاربه باقيه والربح بين المالين على النسبه.

{فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف} لعموم «على اليد» والروايات الخاصه المتقدمه {إلا أن المضاربه باقيه} كما نص عليه المسالك والجواهر وغيرهما، لما تقدم من الروايات الداله على كون الربح بينهما وإن خالف الشرط.

{والربح بين المالين على النسبه}، ومما تقدم يعلم أنه يجوز جعل البنوك الأموال التى يأخذها بعنوان المضاربه فيتاجر بها ويعطى نسبه الربح المقرره فى أخير السنه لكل مالك أعطاه، مثلاً أخذ من أحدهم عشره، ومن الثانى عشرين، ومن الثالث ثلاثين، ومن الرابع أربعين، وجعل هو مائه، فإذا ربح الجميع مائه، كان نصيب كل واحد نصف قدر ماله، والنصف الآخر لصاحب البنك، لكن لا يخفى أنه يلزم أن لا تكون النسبه إجحافاً، لأنه ممنوع شرعاً، كما فصلناه فى كتاب (فقه الاقتصاد).

ولا يهم بعد ذلك أن اشترى بكل المائتين الغنم، أو اشترى بالبعض ذلك وبالبعض الحنطه والكتب وغيرهما، وقد كان ربح البعض يختلف عن ربح البعض الآخر، مثلاً ربح الغنم عشرون فى المائه، والحنطه مائه فى مائه وهكذا، فإن الأموال بعد الخلط صارت شركه، لكل مالك فيه بالنسبه.

ومنه يعلم أن الحكم كذلك إذا ربح فى صفقه، وخسر فى أخرى، ولم يخسر ولم يربح فى ثالثه.

مسأله ۷ تصرف العامل حسب المصلحه

(مسأله ۷): مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه، من حيث البائع والمشترى، ونوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالک، إلاّ إذا کان هناک متعارف ينصرف إليه

(مسأله ۷): {مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرف على حسب ما يراه} بلا إشكال ولا خلاف، لإطلاق الأدله بعد إطلاق الإذن، {من حيث البائع والمشترى ونوع الجنس المشترى} والزمان والمكان والخصوصيه {لكن} يجب أن يكون كل ذلک حسب الموازين العرفيه الذى يشمله العقد ولو بالارتكاز.

فـ {لا} يحق له التصرف الخارج عن المتعارف مما لا يشمله العقد، ولذا الذى ذكرناه من الإطلاق {يجوز له أن يسافر من دون إذن المالک} لتعارف سفر التجار، أما ما ذكره القواعد وغيره من أنه ليس للعامل أن يسافر إلاّ بإذن المالک، بل فى جامع المقاصد هو مذهب علمائنا، فلا يظهر له وجه معتد به، إلاّ أنه تغرير بالمال وأنه غير مشمول للعقد، كما علله بهما جامع المقاصد، وكلاهما ليس كلياً وإلا فقد يكون البقاء فى البلد كذلک لاضطرابات فى البلد ليست فى خارجه.

ومن هنا يقوى أن مراد المانع تلک الصوره بالنظر إلى الأسفار البعيده السابقه، حيث الطريق غير آمن، ولعله لما ذكرناه من عدم كليه التغرير ونحوه أهمل ذكر هذا الشرط الشرائع وغيره، ولذا قال فى المستمسک: (لا فرق بين السفر والحضر فى الجواز ما لم يكن قرينه موجبه للانصراف عنه).

وكيف كان، فالأصل الإطلاق {إلا إذا كان هناک متعارف ينصرف إليه

ص:۲۲۳

الإطلاق وإن خالف فسافر فعلى ما مر فى المسأله المتقدمه.

الإطلاق} إذ اللازم اتباع القصد الذى صب العقد لإبدائه، ولذا لو كان المنصرف عدم فعل شىء يجعل التجاره خطراً من جهه اللص أو الحرق أو الغرق أو ما أشبه، كان اللازم تقيد العامل به، إلاّ إذا كانت التجاره فى مصب ذلك، مثل أن يضاربه للاتجار بالبحر.

{و} كيف كان، فـ_ {إن خالف} فيما كان ظاهره عدم السفر {فسافر، فعلى ما مر فى المسأله المتقدمه} يكون الربح بينهما على ما ذكروا، وذلك لإطلاق بعض النصوص المتقدمه، وفى الحال الحاضر حيث التأمين متعارف إذا لم يؤمن فى الأسفار الخطره بل وفى الحضر فيما كان محظوراً كالمعامل المعرضه للانفجار، فالظاهر الضمان لتعارف التأمين فى البلاد التى يتعارف فيها التأمين، نعم يكون الربح بينهما على ما تقدم.

وإلى ماتقدم أشار ابن العم فى تعليقته بأنه يجوز السفر إلاّ أن يكون نادراً ينصرف عنه الإطلاق.

ويعلم مما تقدم أن اللازم على العامل اتباع أقل الأمرين خطراً، وإلا كان ضامناً، كما إذا كان الأمر فوضى داخل المدينه وخارجها، لكن خطر الداخل أكثر، لوحده المعيار فى أصل الخطر وزياده الخطر، نعم لو كان الخطران متساويين فقدم أحدهما فلا ضمان للأصل.

ص:۲۲۴

مسأله ۸ يجوز بيع العامل نقدا أو نسيئه

(مسأله ۸): مع إطلاق العقد وعدم الإذن فى البيع نسيئه، لا يجوز له ذلك إلّا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق، ولو خالف فى غير مورد الانصراف

(مسأله ۸): {مع إطلاق العقد} يجوز البيع نسيئه لتعارف ذلك فى الكسب، وعدم لزوم التغرير من ذلك إلّا فى بعض الأحيان، كما أن البيع نقداً أحياناً خلاف المصلحه أيضاً.

{و} من ذلك يعرف أن قول المصنف: مع {عدم الإذن فى البيع نسيئه لا يجوز له ذلك} غير ظاهر الوجه، وإن قال القواعد والتذكره بعدم جوازه، لما فيه من التغرير بالمال، وتبعه فى ذلك المسالك، بل نقله مفتاح الكرامه عن الشيخ، وجمله كبيره من الأصحاب.

{إلا أن يكون متعارفاً ينصرف إليه الإطلاق} كان الأولى أن يقول: لا ينصرف عنه الإطلاق، إذ الإطلاق شامل إلّا أن ينصرف، لا أن الإطلاق لا يشمل إلّا أن ينصرف.

ومما تقدم يظهر الكلام فى الأقسام السته، أى البيع والشراء نسيئةً وسلفاً ونقداً، فكلما كان خلاف الإطلاق لم يفعله.

كما أن للنسيئه والسلف مراتب، مثلاً بيعه نقداً بدينار، ونسيئةً بدينارين، والثانى أقرب إلى إراده المالك المركوزه عند عقد المضاربه، مما أوجب إنصراف العقد إليه.

وكذلك بالنسبه إلى مده الزمان ومكان التسليم وغير ذلك، ولما ذكرناه ذهب غير واحد من المتأخرين إلى الجواز إذا لم يكن تغرير، تبعاً للمحكى عن المختلف وغيره.

{ولو خالف فى غير مورد الانصراف} (فى) بيان لـ_ (خالف) إذ مورد الانصراف

ص:۲۲۵

فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو،

لا ـ مخالفه فيه، فمقتضى القاعده صحه المعامله وكون الربح بينهما، وإن كان ضامناً لما تقدم من الروايات الداله على ذلك الشامله للمقام إطلاقاً أو مناطاً، ولذا قال في الجواهر: (إن الصحه في المقام أولى منها في صوره المخالفه الصريحه التي هي مورد النصوص، بل يمكن القول بشمول بعض النصوص للجميع)، وقد تبع الجواهر في ما ذكره جمله من المعاصرين.

ومنه يعلم الإشكال في ما ذكره ابن العم في تعليقه بقوله: (البيع باطل إلاّ ـ إذا أجاز المالك)، كما يعلم الإشكال في تفصيل المصنف حيث قال: {فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو} وكأنه لأن المركوز من شرط النقد أن لا يتلف المال، والحال أنه لم يتلف حينئذ، لكن لا يخفى أن عليه لا فرق بين استيفاء الثمن قبل اطلاع المالك أو بعده.

ولذا قال المستمسك: (على تقدير الفرق ــ أي بين المقام والسابق ــ لم يكن وجه لقوله: فإن استوفى الثمن قبل اطلاع المالك فهو، وكان اللازم أن يقول: إذا استوفى الثمن قبل اطلاع المالك راجع المالك فإن أجاز فهو، وإلا رده على المشتري لبطلان المعامله، إذ الموجب للبطلان عدم الإذن من دون فرق بين اطلاع المالك قبل الاستيفاء، وبين الاستيفاء قبل اطلاع المالك) انتهى.

ولعل المصنف نظر إلى أن الاستيفاء يوجب رضى المالك طبعاً، فلا حاجه له إلى الفسخ، لكنه كلام خارجي لا يرتبط بالقاعده الشرعيه الجاريه في المقام.

{وإن اطلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو} لأنه فضولي قد أمضاه من له

وإلا فالبيع باطل، وله الرجوع على كل من العامل والمشترى مع عدم وجود المال عنده،

الإمضـاء والفسـخ، وهـل يقول المصـنف بـأن الربـح خاص بالمالك لأنه وفق القاعـده، أو مشترك للروايات السابقه، أما إذا قال الثانى أشـكل عليه بأن شـمول تلك الروايات للمقام يوجب عدم فضوليه المعامله، وإلا {فالبيع باطل} لأنه وقع على مال المالك من دون إذن ولا ـ إجـازه، وكـأنه لـذا قـال: قـال الشـرائع: ولو خـالف لم يمض إلا ـ مع إجازه المالك، وتبعه العلامه فى التـذكره والقواعـد، لكن عن الشـيخ فى المبسوط أنه بطل، ولعل مراده بدون الإجازه، إذ لا وجه للبطلان مع الإجازه، مع أنه يقول بصـحه الفضولى.

{ولـه الرجـوع} إذا لم يجز الـبيع {على كـل من العامـل والمشـترى} ممن العين فى يـده، لأـنه إذا كـانت العين موجـوده لا ـ حق للمالك فى غير عينه.

نعم إذا لم يتمكن من الرجوع إلى المشترى الـذى العين بيـده، لغيبه أو عـدم معرفه أو جور أو ما أشـبه، رجع إلى البائع بالمثل أو القيمه من بـاب بـدل الحيلوله، لقاعـده اليـد، أمـا إذا كـانت العين بيـد المشـترى وأمكن الرجوع إليه، فالظـاهر أن له الرجوع إلى العامل، حيث إن كون يده عليه يجعله ضامناً، فليرجع العامل إلى المشترى، وبعد أخذها منه يرجعها إلى المالك.

فقوله: {مع عـدم وجود المـال عنـده} الـذى ذكره المصـنف قيـداً لقوله: (والمشترى) إنما ذكره لبيان الأمر الطبيعى الـذى يكون بأخـذ المالك ماله حيث وجـده، وإلا فمقتضـى القاعـده أن المالك مخير فى الرجوع إلى أيهما شاء إذا أمكنه أخذها من أيهما، وفى الرجوع إلى أحدهما إذا لم يمكنه أخذها إلا من ذاك، أخذ عين أو أخذ بدل.

أو عند مشتر آخر منه، فإن رجع على المشترى بالمثل أو القيمه لا يرجع هو على العامل

{أو عنـد مشتر آخر منه} أى من المشترى الأول، ولمـا ذكرناه كان المحكى عن المبسوط والتـذكره والقواعـد والتحرير وجامع المقاصد وغيرهم أن للمالك الرجوع إلى من شاء.

وإذا كـان المالـك إن رجع إلى المشترى أعطاه العين، أما إذا رجع إلى العامل لم يتمكن العامل من استرداد العين من المشترى، فهل للمالك الرجوع إلى العامل وأخـذ البـدل منه، احتمالان، من قاعده تعاقب الأيدى المستفاده من «على اليد ما أخذت»، ومن أن مـاله موجود وهو قـادر على تحصـيله فلا وجه لرجوعه إلى المثـل والقيمه، ولا يبعـد الثـانى إن لم يكن للمالك محـذور فى الرجوع إلى المشترى.

{فـإن رجع على المشترى بالمثـل أو القيمه لا يرجع هو} أى المشترى {على العامل} وذلك لحكم تعاقب الأيـدى، حيث يرجع السـابق على اللاحق، ولا يرجع اللاحق على السـابق، إذ اللاحق يعطى مـال الغير الـذى فى يـده لصاحبه، ولا وجه لرجوعه إلى السابق، فإن المشترى لم يسلم إلى العامل الثمن، حسب ما ذكره المصنف: إن اطلاع المالك قبل الاستيفاء.

أما السابق فحيث ليس المال فى يـده وإنما فى يد اللاحق كان عليه أن يرجع إلى اللاحق لأخذ العين من يد اللاحق لإعطائها إلى المالك، هذا بالنسبه إلى العين.

أما بالنسـبه إلى القيمه بعد الاستيفاء، فالأمر بالعكس، فإذا أخذ المثل أو القيمه من العامل لا يرجع إلى المشترى، حيث إنه أعطى العين للمشترى وأخذ منه قيمتها، فيسلم القيمه إلى المالك، أما إن أخذ المالك المثل أو القيمه من المشترى رجع المشترى إلى

إلا أن يكون مغروراً من قبله وكانت القيمه أزيد من الثمن، فإنه حينئذ يرجع بتلك الزياده عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشترى بما غرم، إلّا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقل

العامل لاسترداد ما أعطاه له، إذ لا يعطى المشترى قيمتين، قيمه للعامل وقيمه للمالك.

{إلا أن يكون مغروراً من قبله} بأن كان المشترى مغروراً عن العامل، فإنه يرجع إلى العامل لأن «المغرور يرجع إلى من غره».

{وكانت القيمه أزيد من الثمن، فإنه} أى المشترى {حينئذ يرجع بتلك الزياده عليه} أى على العامل، فإذا اشترى المشترى المتاع من العامل بمائه، فقد يرجع المالك إليه بمائه، وقد يرجع بمائه وعشره، وقد يرجع بتسعين، أما إن رجع بمائه وعشره حق للمشترى أن يرجع إلى العامل بالعشره، لأن العامل خدعه، حيث أعطاه المتاع بمائه، فلم يدخل المشترى إلّا بضمان مائه، فإذا أخذ المالك منه عشره أزيد، كان له أن يأخذها من العامل.

{وإن رجع} المالك {على العامل يرجع هو على المشترى بما غرم} مساوياً أو أقل، فإن المالك إذا أخذ من العامل أقل من مائه {قيمه ما باعه للمشترى} لا يحق للعامل أن يأخذ من المشترى تمام المائه، إذ المتاع انتقل من المالك إلى المشترى وقيمته تسعون مثلاً لا مائه.

{إلاـ أن يكون} المشترى {مغروراً منه} أى من العامل {وكان الثمن أقل} بأن باعه بتسعين، والحال أنه يسوى مائه، وقد أخذ المالك من العامل مائه.

ص:٢٢٩

فإنه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

{فإنه} أى العامل {يرجع} على المشترى {بمقدار} المجعول، التسعين فى المثال، الذى هو {الثمن} المجعول، أما العشره الأخرى فلا يرجع العامل إلى المشترى بها، لأن العامل قد غر المشترى بالنسبه إلى العشره، حيث دخل المشترى على أن الثمن تسعون لا مائه.

وبذلك ظهر أن صور المسأله سته:

لأن المالك إما أن يرجع إلى المشترى أو إلى العامل، وعلى كل حال إما أن يرجع بالأقل من الثمن، أو بالأكثر منه، أو بالمساوى.

ثم فى صورتى الزياده والنقيصه إما أن يكون غرور أو لا.

وأحكام الكل تعرف مما ذكرناه فلا حاجه إلى التفصيل.

ص:٢٣٠

مسأله ۹ لا يجوز أن يشترى بأزيد من قيمه المثل

(مسأله ۹): فى صوره إطلاق العقـد لا يجوز له أن يشترى بأزيد من قيمه المثل، كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمه المثل وإلا بطل

(مسأله ۹): {فى صوره إطلاق العقـد} المنصـرف إلى المتعـارف {لاـ يجوز له أن يشترى بأزيـد من قيمه المثـل} بـدون سـبب عقلائى، وذلك لأنه غير مأذون له فى ذلك، وإن لم يكن تضـييعاً للمال لأنه إحسان إلى البائع المسـتحق للإحسان مثلاً، فقولهم إنه تضييع ناظر إلى الغالب، وقد صرح بالمنع عن الاشتراء كذلك جماعه من الفقهاء.

{كما أنه لا يجوز أن يبيع بأقل من قيمه المثل} إلاّ فى مثل الاستثناء المتقدم، ودليل المستثنى منه والمستثنى كما تقدم، وقد يمنع عن البيع بقيمه المثـل أيضـاً إذا كـانت المصـلحه فى التـأخير حتى يبيع بـأكثر، أو يبيع بمن يشترى بأكثر فى نفس الوقت، كما قد يتفق، وليس ذلك إجحافاً وتغريراً.

{وإلا} بأن اشترى بأزيد، أو باع بأقل {بطل} لأنه بيع واشتراء غير مأذون فيهما.

لكن يرد عليه أولاًـ: إنه لاـ وجه للبطلاـن، وإنمـا يكون الأـمر فضوليـاً، اللهم إلاّـ أن يقـال: إن مراد المصـنف والسـاكتين عليه من المعلقين هو ذلك، كما احتملنا فى كلام المبسوط فى المسأله السابقه ذلك.

وثانياً: إن الأمر بالبيع والاشتراء بقيمه المثل لا يزيد على كونه كالشـرط، لأنه من باب الانصـراف، وقد تقدم أن تخلف الشـرط لا يوجب البطلان، وإنما الضمان، ويشتركان فى الربح.

قـال فى القواعـد: العامـل كالوكيـل فى تنفيـذ تصـرفه بالغبطه، فليس له التصـرف بالغبن، ولا بالنسـيئه بيعاً ولاشـراءً، إلا مع عموم الإذن، كافعل ما شئت، أو

نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به.

خصوصه، فإن فعل لا معه وقف على الإجازه، والأقرب أنه يضمن القيمه، لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها، ولا ينحفظ بتركه سواها، وزياده الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها.

وقال فى مفتاح الكرامه: (لا ـ يقع البيع باطلاً عند القائلين بجواز العقد الفضولى، فإن أجازه المالك نفذ وإلا بطل، وحكى عن التذكره عن بعض علمائنا ... أن البيع صحيح فيما إذا باع بدون ثمن المثل وإن لم يجزه المالك، وأن العامل يضمن النقص، وأن ضرر المالك ينجبر بضمان النقص).

{نعم إذا اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به} كما عن المختلف وجماعه من المتأخرين، لأن الإذن موجود مع المصلحه، إلاّ ـ إذا صرح بعدم الإذن، ولكن فى الجواهر تخصيصه بما إذا كان متعارفاً، وكأنه لعدم دخول النادر فى الإطلاق، والارتكاز بدون الإطلاق لا ينفع.

ومنه يعلم عدم ورود إيراد المستمسک عليه، حيث قال: الإنصراف عن النادر ممنوع، والإطلاق محكم، إذ المصلحه وإن كانت داعيه إلى المضاربه، لكن لا تلازم بين الإطلاق والمصلحه.

مسأله ۱۰ البيع بالجنس لا بالنقد

(مسأله ۱۰): لا يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر، وقيل بعدم جواز البيع إلّا بالنقد المتعارف، ولا وجه له إلّا إذا كان جنساً لا رغبه للناس فيه غالباً.

(مسأله ۱۰): {لا يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر} قال فى القواعد: (والأقرب أن له أن يبيع بالعرض مع الغبطه)، وتبعه فى ذلك المسالك وغيره، وذلك للإطلاق والمصلحه.

ومنهما يعرف جواز تبديله بالحق كحق التحجير، أو بالخدمه كأن يعطى الخياط المال ليخيط له الثياب وهكذا، فإن حصر دائره المضاربه فى أضيق من المضاربات العرفيه غير ظاهر الوجه.

{وقيل:} والقائل الشرائع وغيره {بعدم جواز البيع إلّا بالنقد المتعارف} وكأنه للانصراف، حيث الإطلاق {ولا وجه له إلّا إذا كان} الجنس {جنساً لا رغبه للناس فيه غالباً} حيث إن الإطلاق لا يشمله، لكن لا بد من تقييده بما فى المستمسک بأنه إذا كان فيه مصلحه أيضاً فلا بأس عملاً بإطلاق المعامله، وعليه فقوله: عملاً بإطلاق الإذن محل نظر، إلّا أن يريد بالإذن المعامله.

ومما تقدم ظهر أن من أضاف إلى (النقد) كلمه (البلد) فقال: (بنقد البلد) محل إشكال.

وحيث إن المعيار الإطلاق المنصرف إلى المتعارف، فإذا كان البيع بالنقد أو بنقد البلد غير متعارف، للخطر، كما فى بعض الأحيان لتبديل النقد من قبل الدوله أو لأمر آخر، كان اللازم البيع بالعرض أو بنقد غير البلد.

ص:۲۳۳

مسأله ۱۱ لا یجوز شراء المعیب

(مسأله ۱۱): لا یجوز شراء المعیب إلّا إذا اقتضت المصلحه، ولو اتفق فله الرد أو الأرش علی ما تقتضیه المصلحه.

(مسأله ۱۱): {لا یجوز شراء المعیب إلّا إذا اقتضت المصلحه} وذلک لأن الإطلاق لا یشمل المستثنی منه، والمراد بعدم الجواز عدم النفوذ، لأنه حینئذ یقع فضولیاً، کما تقدم الکلام فی مثله، فإن کان عالماً بأنه معیب واشتراه فالبیع فضولی، ولا خیار له فی الرد ونحوه، لأنه من جانبه مقدم، کما لو کان مالکاً بنفسه.

نعم الخیار للمالک، وقد ذکرنا فی کتاب المکاسب أن اشتراء الوکیل المعیب، أو بأکثر من ثمن المثل علی أربعه أقسام: لأن المالک والوکیل إما عالمان، أو جاهلان، أو هذا عالم دون ذلک، أو بالعکس.

{ولو} کان جاهلاً و{اتفق} الشراء {فله الرد أو الأرش علی ما تقتضیه المصلحه}، وإن کانا متساویین تخیر.

ولا یخفی أن فتوی المصنف وغیره بعدم اشتراء المعیب إلّا مع المصلحه من باب الغالب بأن المعیب لا یرغب فیه، وإلا فلا وجه لجعل عدم الاشتراء أصلاً والمصلحه استثناءً، لأنهما فی عرض واحد، وما کانا فی عرض واحد لم یجعل أحدهما استثناءً عن الآخر، فلا یقال: جاء القوم إلّا نصفهم، بل اللازم أن یقال: جاء نصف القوم فقط مثلاً.

ومن الکلام فی المسأله التاسعه وهذه المسأله ظهر الکلام فی بعض الخیارات الأخر، مثل أن یشتری مالم یره، حیث خیار الرؤیه، إلی غیر ذلک.

ص:۲۳۴

مسأله ۱۲ لا یجب أن یشتری بعین المال

(مسأله ۱۲): المشهور علی ما قیل: إن فی صوره الإطلاق یجب أن یشتری بعین المال، فلا یجوز الشراء فی الذمه، وبعباره أخری یجب أن یکون الثمن شخصیاً من مال المالک لا کلیاً فی الذمه، والظاهر أنه یلحق به الکلی فی المعین أیضاً، وعلل ذلک بأنه القدر المتیقن

(مسأله ۱۲): {المشهور علی ما قیل} وفی الحدائق أنه صرح بذلک جمله من الأصحاب: {إن فی صوره الإطلاق} للمضاربه {یجب أن یشتری بعین المال، فلا یجوز الشراء فی الذمه} کما ذکره الشرائع والقواعد والتحریر، وتبعهم غیرهم، بل هو المحکی عن المبسوط أیضاً.

{وبعباره أخری یجب أن یکون الثمن شخصیاً} لا کلیاً {من مال المالک، لا کلیاً فی الذمه} فی قبال ما قاله.

{والظاهر أنه یلحق به} أی بالشراء بعین المال الشراء بـ {الکلی فی المعین أیضاً} لأنه نوع من الشراء بعین مال المالک، فإنه لا فرق بین أن یقول: أشتری بهذا الدینار کتابک، أو أشتری بدینار من هذه العشره، بل وکذا الکسر المشاع.

وتظهر الثمره بین المشاع والکلی فی المعین فی صوره التلف، فلو اشتری ببعض العشره کان کل تلف لبعض یخرج من کیسهما بالنسبه، أما إذا اشتری بدینار من العشره لم یتلف مال الطرف ولو تلف تسعه، کما ذکروا فی أطنان القصب حیث یحترق بعضها.

{وعلل ذلک} أی المنع {بأنه} أی الشراء بالعین {القدر المتیقن} من المضاربه

وأيضاً الشراء فى الذمه قد يؤدى إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك، وأيضاً إذا اشترى بكلى فى الذمه لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربه، ولا يخفى ما فى هذه العلل

فلا يجوز للعامل التخطى منه، وإلا كان فضولياً توقف على إجازه المالك، كما تقدم مثله.

{وأيضاً} علل كما فى المسالك وغيره بأن {الشراء فى الذمه قد يؤدى إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعل المالك غير راض بذلك}.

وربما يقرر هذا الدليل هكذا: بأنه إذا تلف رأس المال فإن أداه العامل لم يكن مضاربه، لأن العمل فى المضاربه من العامل وأن المال من المالك إن أريد أداء المالك فربما لا يؤده فيبطل البيع، فأمره دائر بين عدم المضاربه وبين بطلان أصل المعامله.

{وأيضاً إذا اشترى بكلى فى الذمه لا يصدق على الربح أنه ربح مال المضاربه} إذ هو ربح ما فى الذمه، فإن الربح وليد العين الخارجى وما فى قبالها أى ما فى الدمه، فلا ربط له بمال المضاربه، ولذا قد يربح قبل إعطاء العامل المال للطرف، فكيف يكون الربح ربح المال، وإذا لم يكن الربح متعلقاً بمال المضاربه لم يرتب عليه أثر المضاربه.

هذا {و} لكن {لا يخفى ما فى هذه العلل} من الإشكال.

إذ يرد على أولها: إن القدر المتيقن إنما يكون مع الإجمال لا مع الإطلاق، والمفروض أن المضاربه

والأقوى كما هو المتعارف جواز الشراء فى الذمه والدفع من رأس المال

مطلقه فلا مورد فيها للأخذ حسب القدر المتيقن.

وعلى ثانيها: إن الدليل أخص من المدعى، فنقول: لعل المالك راض بذلك، أو لعل المال لم يتلف، أو النقض بما إذا كانت المعامله نقداً وتلف المال قبل إعطائه.

وعلى ثالثها: إنه يصدق أن الربح للمال إذا أدى المال تطبيقاً للكلى فى الذمه، كما يصدق فيما إذا اشترى إنسان لنفسه شيئاً فى الذمه ثم أداه من ماله الخارجى أن الربح لهذا المال الخارجى.

{و} على هذا {الأقوى كما هو المتعارف} عند العمال فى المضاربات {جواز الشراء فى الذمه والدفع من رأس المال} وقد قال الرياض: يمكن تنزيل كلام الأصحاب بما إذا لم يكن الغالب والمتعارف الشراء فى الذمه، وإن كان ربما يرد عليه أن كلام المسالك الذى ذكر بعض الإشكالات المتقدمه آب عن التنزيل المذكور.

وفى الجواهر احتمل إراده الأصحاب من المنع صوره الشراء فى الذمه مع إراده الرجوع إليه بغير مال المضاربه، ويرد عليه مثل ما ورد على الرياض.

واستظهر السيد البروجردى أمراً ثالثاً فقال: (الظاهر أن مرادهم بذلك أن شراءه على ذمه المالك لا يصح بنفسه حتى يثبت به شىء فى ذمته، ويلزم بتأديته من غير مال المضاربه إن تعذر أداؤه منه، لا أن شراءه فى الذمه وتأديته من مال المضاربه غير جائز، كما فهمه الماتن وقوى خلافه).

ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه، ومقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً ثم الدفع من الأجناس التى عنده، والأقوى فيه أيضاً جواز كونه كلياً وإن لم يكن فى المتعارف مثل الشراء، ثم إن الشراء

وفيه: إن ذلک خلاف ظاهر كلماتهم، كما لا يخفى على من راجع المسالک ومفتاح الكرامه وغيرهما، ولذا الذى ذكرنا من أجوبه الاستدلالات المذكوره للمنع، تردد غير واحد منهم فى المنع.

أما المعاصرون ومن أشبه فقد ذهبوا إلى الصحه إلاّ النادر منهم.

{ثم إنهم لم يتعرضوا لبيعه} فى قبال المثمن الكلى، ولعل المصنف أراد الغالب منهم، وإلا فإطلاق كلام بعض وتصريح بعض يشمل البيع أيضاً.

{و} كيف كان فـ {مقتضى ما ذكروه} من الاستدلالات للزوم كون الثمن شخصياً {وجوب كون المبيع أيضاً شخصياً لا كلياً} فإن الربح لا يصدق عليه أنه ربحه، إلى غير ذلک، وعليه لا يصح كون المبيع كلياً.

{ثم الدفع من الأجناس التى عنده، و} عليه فـ {الأقوى فيه} أى فى المبيع {أيضاً جواز كونه كلياً} وذلک لإطلاق المضاربه بعد عدم ورود إشكال عليه، ولتعارف ذلک، وإن قال المصنف: {وإن لم يكن فى المتعارف مثل الشراء} فإنه وإن سلم عدم التعارف بتلک المنزله، لكن ليس ذلک يجعله نادراً بحيث لا يشمله الإطلاق.

وكيف كان، فالكلام فى كلى الثمن والمثمن، جار فى كلى سائر

ص:٢٣٨

فی الذمه یتصور علی وجوه:

أحدها: أن یشتری العامل بقصد المالک وفی ذمته من حیث المضاربه.

الثانی: أن یقصد کون الثمن فی ذمته من حیث إنه عامل ووکیل عن المالک ویرجع إلی الأول

المعاملات التجاریه التی یجریها العامل بعنوان المضاربه، کالإجاره والمزارعه والمساقاه والرهن وغیرها، إذ قد عرفت فی بعض المسائل السابقه صحه کل ذلک مضاربه، بل ذکرنا أنها جاریه فی مثل الحقوق لجریان الحکم بعد تحقق الموضوع.

{ثم إن الشراء فی الذمه یتصور علی وجوه:

أحدها: أن یشتری العامل بقصد المالک} فیکون المبیع للمالک {وفی ذمته} أی ثمنه فی ذمه المالک {من حیث المضاربه} فیکون المبیع مورد المضاربه، وتفرغ ذمه المالک من الثمن الکلی بالمال الشخصی المعین للمضاربه، وهذا صحیح إن کان للمضاربه إطلاق یشمل ذلک.

{الثانی: أن یقصد} العامل {کون الثمن فی ذمته} أی ذمه نفس العامل، لکن لا من حیث إنه فرد غیر المالک، بل {من حیث إنه عامل ووکیل عن المالک} فیجعل ذمه نفسه ذمه المالک، کالوکیل الذی یجعل یده ید الموکل.

{ویرجع} هذا الثانی {إلی الأول} إذ فی کلیهما تشتغل ذمه المالک، لکن

وحكمها الصحه وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء كان فى ذمه المالك يؤدى من ماله الآخر.

فى الأول تشتغل ذمته بنفسه، وفى الثانى بوكيله، {وحكمهما} الأول والثانى {الصحه} لشمول أدله المضاربه لهما.

{وكون الربح مشتركاً بينهما على ما ذكرنا} من صحه المضاربه فى الكلى.

{وإذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء كان} بدله {فى ذمه المالك يؤدى من ماله الآخر} الذى لم يجعله فى صدد المضاربه.

أما صحه المضاربه كذلك بأن يجعل الثمن فى ذمه المالك، ابتداءً أو بواسطه ذمه العامل، فلأن المالك أذن له فى الشراء كذلك، أو أجازه بعد الاطلاع عليه، وإلا كان الشراء باطلاً، لأنه من الفضولى بدون الإجازه كما صرح بذلك السيد البروجردى وبعض آخر من المعلقين، وأما أنه يؤديه المالك من مال آخر فاللازم أن يقال: له صورتان:

الأولى: أن يجعل العامل الثمن فى ذمه المالك بدون اشتراط أدائه من مال المضاربه، وحينئذ إن أداه من مال المضاربه _ بفرض عدم التلف _ صار مضاربه، وإن أداه المالك من مال آخر لم يصر مضاربه، سواء تلف مال المضاربه أم لا.

الثانيه: الأولى مع اشتراط أدائه من مال المضاربه، فإذا أداه المالك من مال آخر لم يكن مضاربه، سواء تلف مال المضاربه أم لا، وإن تلف مال المضاربه فإن لم يرفع اليد عن شرطه بطلت المعامله، لأن المشروط عدم عند

الثالث: أن يقصد ذمه نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه، ثم دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح ويكون غاصباً فی دفع مال المضاربه من غير إذن المالک

عدم شرطه، وإن رفع اليد وأداه المالک من مال آخر فمقتضی القاعده بطلانه مضاربةً، كما أشار إلی ذلک جمله من المعلقين، إذ لا وجه لأن يقوم مال آخر للمالک مقام مال المضاربه الذی فرض تلفه، وإن كان المحكی عن المبسوط، وقال به الجواهر إنه يكون من مال القراض للإطلاق.

إذ فيه ما ذكره المستمسک: من أن الإطلاق من حيث كون الشراء فی الذمه أو فی العين.

وقال السيد البروجردی: (لا يكون بذلک مال المضاربه مع تلف المال السابق، بل يحتاج إلی عقد جديد مع استجماع شرائطها).

{الثالث: أن يقصد ذمه نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه ثم دفع} حين الوفاء {منه} أی من مال المضاربه.

{وعلی هذا، الشراء صحيح} لتماميه أركان المعامله {ويكون غاصباً فی دفع مال المضاربه من غير إذن المالک} فإن المالک أعطاه المال للتجاره، لا لأن يؤدی به قرض نفسه، وإنما كان إذن المالک كافياً لأن الحق لا يعدوهما، فإذا أذن المالک كفی، وعليه فإذا أذن له بدون بدل كان هبه، وبطل عقد القراض كلاً إن كان الإذن فی الكل، وبعضاً إن كان الإذن فی البعض، فإذا أعطاه مالاً آخر كان قراضاً جديداً، وإذا أذن له ببدل كان البدل الذی يضعه العامل مكان

إلا إذا كان مأذوناً فی الاستقراض وقصد القرض.

الرابع: کـذلک لکن مع قصـد دفع الثمن من مال المضاربه حین الشـراء حتی یکون الربـح له، فقصد نفسه حیله منه، وعلیه یمکن الحکم بصحه الشراء

مال القراض متعلق القراض.

{إلاـ إذا کان مأذوناً فی الاستقراض وقصد مال القرض} بأن أخـذه قرضاً، وکان ینبغی له استثناء ما إذا قصـد الشـراء من نفسه للمالک بمال المضاربه، فیکون اشتراءان اشتراء العین بنفسه فی ذمته، واشتراء العین للمالک من نفسه، کما نبه علیه المستمسک، وعلی الأول یکون الربح له، وعلی الثانی الربح بینهما، لوضوح أن الأول لا یرتبط بالمضاربه بخلاف الثانی.

{الرابع: کـذلک} أی مثل الثالث بأن یقصـد ذمه نفسه وکان قصـده الشـراء لنفسه {مع قصـده دفع الثمن من مال المضاربه حین الشراء} وإنما قصد کون الشراء لنفسه {حتی یکون الربح له} لکن حیث لم یکن له مال لدفع الثمن قصد دفعه من مال المضاربه مثلاً، {فقصد نفسه حیله منه} بأن یربح بسبب مال الناس، کالغاصب الذی یشتری لنفسه ویقصد دفع الثمن من مال الناس.

{وعلیه یمکن الحکم بصحه الشراء} مطلقاً، ویمکن القول ببطلانه لما یأتی من المعلقین، لکن اللازم التفصیل بین ما إذا کان بیع البـائع للعامـل بشـرط وفـائه من مال نفسه، فالبیع یکون صـحیحاً إذا رفع المالک یـده عن شـرطه وإلا کان باطلاً، وما إذا کان بیع البائع علی نحو التقیید فالبیع باطل، لأن المقید عدم عند عدم قیده، وما إذا کان بیع البائع بدون شرط ولا قید، فالبیع صحیح

وإن كـان عاصـياً فى التصـرف فى مال المضاربه من غير إذن المالك وضامناً له بل ضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح.

ويحتمل القول ببطلان الشـراء لأن رضا البائع مقيـد بـدفع الثمن، والمفروض أن الـدفع بمال الغير غير صـحيح فهو بمنزله السـرقه، كما ورد فى بعض الأخبار أن «من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق».

وإنما يجبر العامل بدفع مال نفسه ثمناً، فإذا لم يمكن جبره كان حكمه حكم سائر من اشترى شيئاً ولم يرد إعطاء الثمن.

وكيف كـان {وإن كـان عاصـياً فى التصـرف فى مال المضاربه من غير إذن المالك وضامناً له} لأن المالك لم يأذن له فى مثل هذا التصرف {بل وضامناً للبائع أيضاً، حيث إن الوفاء بمال الغير غير صحيح} فلا وفاء، ويكون ممن منع البائع ثمنه، لكن لا يبعد سقوط حق البائع إن علم بذلك ولم يهتم به حيث إنه ممن يريد وصول المال بيده ولو كان غاصباً، فهو إسقاط من البائع لحقه.

{ويحتمل القول ببطلان الشـراء، لأن رضـى البائع مقيـد بـدفع الثمن، والمفروض أن الـدفع بمال الغير غير صـحيح} وإذا لم يدفع الثمن، لأن مال الغير لا يصلح ثمناً، بطل البيع، لأن القيد عدم عند عدم قيده.

{فهو بمنزله السرقه، كما ورد فى بعض الأخبار أن «من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق»}.

ومنه يعلم أن إشـكالى المسـتمسك على المصـنف غير وارد، فإنه أشكل أولاً بضعف احتمال البطلان، لأن النقص فى الشراء إن كان

ويحتمل صحه الشراء وكون قصده لنفسه لغواً، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربه، فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً فى ذمته إلّا أنه ينصب على هذا الذى يدفعه، فكأن البيع وقع عليه

لأجل نيه عدم أداء الثمن فأمر لم يقل به أحد ولا دليل عليه، وإن كان لأجل دفع مال الغير الراجع إلى عدم دفع الثمن شرعاً، فهو أيضاً لم يقل به أحد ولا دليل عليه.

وفيه: إنه لم يدفع الثمن، فإن مال الغير لا يكون ثمناً، فإذا فرض أن البيع وقع مقيداً بدفع الثمن لم يكن وجه للصحه، وهذا هو مفروض كلام الماتن.

وثانياً: بأن ما فى المقام ليس من باب عدم نيه الدفع، بل من باب نيه دفع ما ليس ملكاً له شرعاً.

وفيه: إن المصنف أراد التنظير لفهم المناط، ولذا قال: (بمنزله) فإن كلًا من القرض بدون إراده الأداء، والاشتراء بدون إراده الأداء نوع من السرقه عرفاً، وقد قرره الشارع فى القرض فالمقام مثله، ولذا يقال لكليهما: لماذا لم ترد مال الناس.

وقد قرر غالب المعلقين كلام المصنف، حيث سكتوا عليه.

{ويحتمل صحه الشراء وكون قصده لنفسه لغواً} فيكون من المضاربه والربح لهما {بعد أن كان بناؤه الدفع من مال المضاربه}، وجه الصحه ما ذكره بقوله: {فإن البيع وإن كان بقصد نفسه وكلياً فى ذمته إلّا أنه} حيث قصد دفع الثمن من مال المضاربه {ينصب على هذا} المال {الذى يدفعه، فكأن البيع وقع عليه}، لكن هذا الاحتمال ضعيف جداً، فإن العقود تتبع القصود، والقصد المعاملى الكلى، فلا وجه لانصباب المعامله على الخارج، فهو مثل عقد المعامله

ص:۲۴۴

والأوفق بالقواعد الوجه الأول، وبالاحتياط الثانى، وأضعف الوجوه الثالث وإن لم يستبعده الآقا البهبهانى.

الخامس: أن يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له

على العين الخارجيه مع قصده إعطاء غيره للطرف، فإن ذلك القصد الخارج عن القصد المعاملى لا يجعل المعامله فى الذمه، ولذا أشكل عليه المستمسك، وعدم تعامل العرف مع هذا الإنسان حيث يريد الإعطاء من ما ليس ماله لا يوجب تقيد البيع بمال الناس، وإنما العرف لا يتعامل فراراً عن المحذور.

{والأوفق بالقواعد الوجه الأول} وقد تقدم الأوفق بالقواعد وأنه التفصيل الذى ذكرناه.

{وبالاحتياط الثانى} فالأحوط أن يرفع الأطراف الثلاثه اليد عن المعامله.

{وأضعف الوجوه الثالث} لما عرفت من أنه خلاف القواعد {وإن لم يستبعده الآقا} الوحيد {البهبهانى} (رحمه الله) وقد حاول بعض المعلقين توجيهه بما لا يخلو عن إشكال، فراجع.

{الخامس: أن يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات إلى نفسه وغيره، وعليه أيضاً يكون المبيع له} لأن كون ذمته نيابيه عن المالك خلاف القاعده لا يكون إلّا بالقصد، فإذا لم يكن قصد كانت الذمه لنفسه، فيدخل المبيع فى كيسه بعد أن يكون البدل لنفسه.

وإذا دفعه من مـال المضـاربه يكون عاصـياً، ولو اختلف البائع والعامل فى أن الشـراء كان لنفسه أو لغيره وهو المالك المضارب، يقدم قول البائع، لظاهر الحال

{وإذا دفعه من مال المضاربه يكون عاصياً} حيث إنه دفع مال الغير بدون إذنه، وبذلك يكون ضامناً أيضاً.

{ولو اختلف} المالـك والعامـل فى أنه اشترى لنفسه أو للمالـك، كـان المقـدم قول العامـل، لأ‌نه أخبر بنيته، وإن كانت هناك قرائن على كلام المالـك، كما إذا كان فى دكان المالك ووكيله العام فى تجاراته وقـد تاجر للمالك بمثل تلك التجاره مرات وكـان ربـح المعـامله كثيراً، بحيث يحتمل احتمالاً قريباً أن الربـح أغراه فادعى أنه اشترى لنفسه، إذ كل تلك لا توجب العلم ولا تكون حجه وليس للمالك عليه إلا حق الحلف.

ولو اختلف المالك والبائع، فقال البائع: اشتراه العامل لك، وقال المالك: بل اشتراه لنفسه، ولم يكن العامل موجوداً، كان الأصل مع المالـك لأ‌نه ادعـاء عليه والأصـل عـدمه، إلاّ إذا أقام المـدعى الـدليل، ولو انعكس بأن قال البائع: اشتراه العامل لنفسه، وقال المالك: بل اشتراه لى، كان على المالك إقامه الحجه، لأنه المدعى الذى إذا تَرك تُرك.

ولو اختلف {البائع والعامل فى أن الشـراء كان لنفسه} فاللازم أن يـدفع العامل البدل {أو لغيره وهو المالك المضارب} فالعامل برىء، بـل اللازم إعطاء المالك البـدل، {يقـدم قول البائع لظاهر الحال} إذ ظاهر كل إنسان أن يكون عامل لنفسه، وإلاّ لملك كل متعامل أن يقول: اشتريت لغيرى ولو فضوله، مما يوجب بطلان البيع إذا لم يقبل ذاك الإنسان بالمعامله، قيل يدل

فیلزم بالثمن من ماله، ولیس له إرجاع البائع إلی المالک المضارب.

علی حجیه هذا الظاهر أصاله الصحه، لأنه لو اشتری لغیره بطل.

لکن الأولی الاستدلال له بأنه المتعارف الذی لم یظهر من الشارع خلافه، وبالتعلیل فی قوله (علیه السلام): «لما قام للمسلمین سوق»((1))، ولذا قال الشرائع: (ولو اشتری فی الذمه لا معه ولم یذکر المالک تعلق الثمن بذمته ظاهراً) انتهی.

وعلی هذا یقدم قول البائع، سواء کان هناک ظهور حال أم لا.

{فیلزم بالثمن من ماله، ولیس له إرجاع البائع إلی المالک المضارب}.

ویعلم مما تقدم حال ما لو اختلف المالکان الشریکان فی المضاربه، فقال أحدهما: إنه اشتراه العامل لهما، وقال الآخر: بل اشتراه لنفسه.

وما لو اختلف العاملان، حیث أجریا صفقه واحده، فقال أحدهما: إن المعامله کانت لأنفسهما، وقال الآخر: إنها کانت للمضاربه.

وما لو اختلف البایعان فی صفقه، فقال أحدهما: باعها للعامل، وقال الآخر: للمضاربه.

أما خصوصیات النزاع فالکلام فیها فی کتاب القضاء.

1- الوسائل: ج18 ص215 ح2 الباب 25 من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی

مسأله ۱۳ عمل العامل حسب المتعارف

(مسأله ۱۳): يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه إليه وإلى تلك التجاره في مثل ذلك المكان والزمان، من العمل وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه، من عرض القماش والنشر والطى وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف

(مسأله ۱۳): {يجب على العامل بعد تحقق عقد المضاربه} أن يعمل حسب {ما يعتاد بالنسبه إليه وإلى تلك التجاره} وإلى المالك، وإنما يجب ذلك لأنه المنصرف من المضاربه، فإن لكل من الملاك والعمال والتجارات شؤوناً خاصه، فإذا كان المالك رجلاً ـ فقيهاً مثلاً لم يناسب له أن يتعامل عامله في الأشياء المكروهه الخسيسه، فإنه يسبب ذهاب ماء وجهه وانحطاط سمعته، فتعامله المضاربي لا يشمل مثل ذلك، وهكذا بالنسبه إلى العامل، وبالنسبه إلى التجاره.

{في مثل ذلك المكان والزمان، من العمل وتولى ما يتولاه التاجر لنفسه} فإذا كانت التجاره لنفسه كيف كان يعمل، لزم عليه أن يعمل كذلك فيما كانت التجاره للمالك بمال المضاربه، لكن ذلك إذا كان عمل الإنسان لنفسه ولغيره على حد سواء كما هو الغالب، لا ـ ما إذا كان بينهما فرق، إذ اللازم عليه حينئذ أن يعمل كعامل لا كتاجر، لأنه المنصرف {من عرض القماش والنشر والطى وقبض الثمن وإيداعه في الصندوق} والذهاب به إلى البنك في ما كان يتعارف ذلك خوفاً من السرقه، فإذا لم يفعل ذلك وسرق كان ضامناً.

{ونحو ذلك مما هو اللائق والمتعارف} بالنسبه إلى مختلف المعاملات، إذ

ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال وغير ذلك ويعطى الأجره من الوسط، ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجره من ماله، ولو تولى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع

ليس كل مضاربه مرتبطه بالأقمشه، بل قد تكون نجاره أو حداده أو عطاره أو بقاله أو غيرها.

ثم اللازم أن يكون اللائق والمتعارف بحيث يكون العقد منصرفاً عن غيره، وإلا فليس كل لائق ومتعارف لازم العمل به.

{ويجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره، مثل الدلال والحمال والوزان والكيال} والمساح والعداد {وغير ذلك} مثل الصانع والمحاسب والمدير والخبير، بل ومثل المحامى فى الأزمنه الحاضره، حيث لابد للتجار من ذلك لنجدتهم فى حال الشكايه عليهم.

{ويعطى} لكل أولئك {الأجره من الوسط} أى بالنسبه، فعليه الثلث وعلى المالك الثلثان إذا كانت نسبه الأرباح كذلك، أى إن هذا هو النتيجه، حيث لا فرق بين أن يؤخذ ما ذكر أولاً ثم يقسم الربح، أو بالنسبه بعد التقسيم.

{ولو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالأجره من ماله} لعدم شمول العقد له، ولو اختلفا فى أنه يتعارف العمل بنفسه أم لا، فالمرجع قوانين الدعوى.

{ولو تولى} العامل {بنفسه ما يعتاد الاستيجار له، فالظاهر جواز أخذ الأجره إن لم يقصد التبرع} فإنه إذا قصد التبرع فقد أهدر عمله بتبرعه، فلا حق له فى أخذ

وربما يقال بعدم الجواز، وفيه إنه مناف لقاعده احترام عمل المسلم

الأجره، كما أنه لو أعطى الحمال ونحوه من كيسه بدون قصد الرجوع لم يكن له حق الرجوع.

{وربما يقال بعدم الجواز} كما عن المبسوط، وفي الشرائع وفي المسالك نسبته إلى إطلاق المصنف والجماعه، وكأن وجهه إنصراف الإطلاق من مثله، ولذا إذا سافر جماعه قسطوا المصارف بينهم فأخذ أحدهم حمالا لنقل الأثاث ونحوه أعطوه من الوسط، أما إذا حمله بنفسه لم يكن له شيء وإن لم يقصد التبرع، إذ قصده وعدم قصده لا يؤثر في ضمانهم.

{وفيه: إنه مناف لقاعده احترام عمل المسلم}[(١)] كما علله به في الجواهر، وكأنه أراد بضميمه طلب المضارب ذلك، إذ بدون الطلب لا وجه لاستحقاقه على المالك، بل الأصل براءته إذا لم يوجب عمل العامل زياده في الشيء.

فهنا ثلاثه أمور:

الأول: أن يعمل العامل بدون طلب ولا زياده في الشيء، وفيه لا يستحق العامل شيئاً، لأنه قد أهدر عمله بنفسه، وإن كان عمله يوجب رفع كلفه عن المالك، كما إذا حمل الحمال بضاعه المالك ونقلها إلى داره، فإن ذلك لا يوجب أجره على المالك، وإن كان لو لا ـ عمل الحمال لكان المالك دفع أجره للحمال على هذا النقل لأنه مقصد المالك، إلاّ أن كون الشيء مقصداً للمالك لا يوجب أجره عليه إذا لم يطلب المالك ذلك.

١- الوسائل: ج١٩ ص٣ الباب ١ من القصاص في النفس ح٣، والمستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥

الثـانی: أن يطلب المالک بـدون تصـريح منه أو ما أشـبه التصـريح بأنه يريـد العمل مجاناً، فإن فی المقام يجب أن يعطی الأجره، لاحترام عمل غير الكافر الحربی الذی يستوفاه المالک.

وقولهم: (المسـلم) من باب المثال، كما أن قولهم: (حمل فعل المسـلم على الصـحه) ذكرهم المسلم من باب المثال، وإلا فيحمل عمل الكافر أيضاً على الصـحه فی غير ما خرج بالدليل، فإذا رأينا كافراً يعاشـر امرأه أو يبيع شيئاً أو ما أشبه ذلک حملنا فعله على أنه زوجته وأنه ماله.

ولا ـ فرق فی لزوم الأجره عليه بين أن تزيـد البضاعه قيمه أو تنقص، أو لا تزيـد ولا تنقص، كما إذا كان نقل البضاعه إلى المحل الفلانی يوجب أحـد الثلاثه، وفی باب المضاربه حيث إن المالک يتعامل مع العامل حسب الموازين يكون العامل إذا فعل الفعل اللازم بنفسه مستحقاً للأجره إذا لم يقصد التبرع بعمله.

الثـالث: أن بفعل العامل شـيئاً يوجب الزياده وإن لم يأمره المالک، فإنه بقـدر الزياده يكون شـريكاً، كما إذا صـبغ الثوب بما رفع قيمته عشـره، فإن العشـره تكون للعامل إذا كانت العشره قيمه الزياده، أما إذا ارتفع كلاهما بعمل العامل، فالظاهر ملاحظه النسبه، مثلاً ـ كـان المفتـاح بـدون القفل خمسه، والقفل بـدون المفتاح عشـره، وكلاهما معاً ثلاثين، فإذا صـنع العامل مفتاحاً للقفل وبيعا بالثلاثين،كان لصاحب القفل عشرون، ولصاحب المفتاح عشره.

لا يقال: يلزم أن يكون الزائد أی كل العشرين لصاحب المفتاح، لأنه لو لا مفتاحه لم يكن لصاحب القفل إلّا عشره.

لأنه يقال: ولولا قفل صاحب القفل لم يكن لصاحب المفتاح إلّا خمسه،

فالانضمام المرتبط بكليهما سبب رفع قيمه كل منهما إلى الضعف.

نعم قد يستشكل استحقاق العامل شيئاً وإن زادت القيمه فيما إذا كانت القيمه سوقيه، كما إذا نقل الحمال متاع إنسان إلى محل أوجب زياده قيمته، لأن السوق هناك أغلى، حيث فيه احتمالان:

استحقاق الحمال، لأنه زاد القيمه فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»((١)).

وعدم استحقاقه، للأصل بعد أن كونه حقاً ـ وهو الموضوع ـ محل إشكال، فحاله حال ما إذا كان القارئ يقرأ القرآن جهراً فتعلم منه العبد حيث زات قيمته، فإن القارى لا يشترك فى قيمه العبد، إذ لا يسمى ذلك حقاً عرفاً، وكذلك إذا أضاء الجار مصباحه مما أوجب زياده أجره غرفه جاره، فإن صاحب المصباح لا يستحق شيئاً على الجار، للأصل بعد عدم ذلك حقاً.

ومما تقدم يظهر أن عمل العامل إن كان مشمولاً للعقد، أو كان سبباً للزياده من القسم المذكور فى الثانى استحق الأجره، وإلا كان الأصل عدم استحقاقه وإن كان من المذكور فى القسم الثالث، وحيث إن الغالب فى الملاك إراده العمل من غير فرق فى نظرهم بين أن يقوم به المالك أو يستأجر إنساناً آخر، كان اللازم أن العامل إذا عمل عمل الحمال كان له الأجره.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (وفى المقام ربما لا ـ يكون إلاّ ـ إذن فى الاتجار ولو ألزمه على نحو العموم، ومنها استيجار من جرت العاده باستيجاره لحمل الأثقال، لكن عموم ذلك لنفسه غير ظاهر، إذ من المحتمل أن يكون المراد

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥

المفروض عدم وجوبه عليه.

أن لا يتحمل العامل خساره الأجره، فلا يشمل الفرض) انتهى.

غير ظاهر الوجه بعد كون الارتكاز الموجب لشمول العقد لعمل العامل أيضاً يقتضى الإطلاق.

{المفروض عدم وجوبه عليه} وقد يرد عليه حتى أن العمل إذا كان واجباً مما يكون نفعه للغير، ولو بدون طلب من ذلك الغير، يكون أجر العامل على ذلك الغير، فإن الطبيب إذا عالج المشرف على الموت ولو بدون إذنه، بل ونهيه أيضاً، كان له عليه أجرته، مع أن العلاج واجب لأنه يشمل «لا يتوى حق امرئ مسلم»((١)).

وكذا إذا صرف المال فى إطفاء حريق داره، مما يعلم عدم جواز إبقائها تحترق، لأنه إسراف منهى عنه، وقد قال سبحانه:(وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمْ)((٢))، مما يفهم منه وجوب الرعايه للأموال وإن أراد صاحب المال إتلافه.

وكذا إذا ألقى إنسان نفسه فى البحر بقصد أن يغرق، فإن الواجب على من يقدر إنقاذه، وإذا صرف المال فى ذلك كان له حق استيفائه، لقاعده «لا يتوى»، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المصنف، كما يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، حيث خصص ذلك بالطلب، قال: (فإن المريض إذا طلب من الطبيب

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥
٢- سوره النساء: الآيه ٥

المعـالجه ضـمن الأـجره، وإن كانت المعالجه واجبه عليه)، كما يظهر وجه النظر فى كلامه المتفرع على ذلك بقوله: (والاستيفاء لعمل العامل فى باب المضاربه فى مقابل الحصه من الربح لا غير، فإثبات شىء آخر يحتاج إلى دليل) انتهى.

إذ الشىء الآخر فى قبال عمل آخر وهو لا يرتبط بالعامل، كما عرفت وجهه.

ص:۲۵۴

مسأله ۱۴ نفقه السفر من رأس المال

(مسأله ۱۴): قد مر أنه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، ومعه فنفقته فى السفر من رأس المال إلّا إذا اشترط المالك كونها على نفسه

(مسأله ۱۴): {قد مر أنه} يلزم على العامل أن يعمل فى التجاره حسب المتعارف المنصرف إليه إطلاق المعامله من السفر وعدمه، فاحتمال أنه {لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك} خاص بما إذا لم يكن إطلاق {ومعه فنفقته فى السفر من رأس المال}.

وهذا هو المشهور بينهم، كما صرح بذلك التذكره وجامع المقاصد ومجمع البرهان، بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقه وأخبارهم، ووجه ذلك أنه مشمول لإطلاق المعامله، حيث إن السفر من شؤونها.

والظاهر أنه لا فرق بين السفر اللازم واقعاً أو ظاهراً، للإطلاق المذكور، فلو كان تربح التجاره فى كل عام فى الحج ربحاً حسناً وسافر فى هذه السنه بذلك القصد، لكن اتفق منع الحجاج بما لم يربح لم يضر ذلك بأن نفقه سفره على رأس المال لما تقدم من الإطلاق، ولما دل على أن الضرر ليس على العامل مع أن الغالب كون الضرر ناشئاً عن جهل، بحيث لو كان علم بالواقع لم يجز له الاتجار الضار وكان الضرر حينئذ على العامل مع العلم والعمل.

{إلا إذا اشترط المالك كونها على نفسه} أى نفس العامل لا المالك، أو اشترط العامل كونها على نفس المالك، حيث إن كلا الشرطين ليس مخالفاً

ص:۲۵۵

وعن بعضهم كونها على نفسه، والظاهر أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، وربما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر والأقوى

لمقتضى العقد ولا للكتاب والسنه، فيشمله دليل: «المؤمنون عند شروطهم»((۱)) كما لا يخفى.

{وعن بعضهم} وهو المبسوط {كونها على نفسه} أي نفس العامل مطلقاً، واستدل له بأن العامل دخل على أن له سهماً معلولاً من الربح فلا يستحق سواه، وقد لا يربح من المال أكثر من النفقه.

{والظاهر} من كلام المبسوط أنه على العامل {أن مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل} إذ لا وجه لكونه على العامل مع هذا الشرط، خصوصاً والإطلاقات تصب على الطبيعه من حيث هي بدون النظر إلى العناوين الثانويه.

{وربما يقال} والقائل الشيخ في محكي المبسوط على تقدير القول بالإنفاق: {له تفاوت ما بين الحضر والسفر} أما قدر نفقه الحضر فهو على العامل.

{والأقوى} صحه كل الأقسام السته: من كونها من الربح، ومن الأصل، وعلى المالك، وعلى العامل، وتوزيعها بينهما بنسبه كالثلث والثلثين، أو بالتفاوت كأن يقول المالك: مائه عليّ والباقي عليك مثلاً، والفرق من الربح أو من الأصل أن في الأول يخرج من كيسهما، أما في الثاني فإنه يخرج من كيس المالك فقط، فإذا فرض أن ربح العشره خمسه، وربح التسعه أربعه، كما قد

۱- المستدرك: ج۱ و۳ ص۴۳۷ الباب ۴ كتاب التجاره باب الخيارات

جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك مما يصدق عليه النفقه، ففی صحیح علی بن جعفر، عن أخيه أبی الحسن (عليهم السلام): «فی المضارب ما أنفق فی سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه

يتفق زياده الربح فی حال الاجتماع بين الواحد والتسعه، فإذا شرط كون النفقه من الربح، والحال أن رأس المال عشره، بقيت أربعه تقسم بينهما لكل اثنان، إذا كان لكل نصف الربح مثلاً، وإذا شرط كون النفقه من الأصل بقيت ثلاثه، لأن المال يأخذ عشره ثم يقسم الربح بينهما فيكون نصيب العامل واحداً ونصفاً.

وكيف كان فاللازم القول بـ {جواز أخذها من أصل المال بتمامها} إما بالشرط أو بالانصراف {من مأكل ومشرب وملبس ومسكن ونحو ذلك} من المركب وغيره {مما يصدق عليه النفقه} وحتى الزواج إذا اعتاد ذلك بأن شمله الإطلاق أو شرط نصاً، حيث يتعارف الزواج فی الأسفار الطويله متعةً أو دواماً، وكذا استصحاب الزوجه إلى غير ذلك.

{ففی صحیح علی بن جعفر، عن أخيه أبی الحسن (عليهم السلام): «فی المضارب ما أنفق فی سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق»} أی فی البلد {«فمن نصيبه»}((١)) والمراد بالبلد ما كان بعد انتهاء السفر عرفاً، إذ ربما تقف السياره

١- الوسائل: ج١٣ ص١٨٧ الباب ۶ من أبواب المضاربه ح١

وأما فى الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً إلّا إذا اشترط على المالك ذلك.

فى آخر المـدينه، ممـا يضــطر إلى اكـتراء سياره أخرى لإيصـاله إلى داره أو متجره، وكـذلك بالنسبه إلى حـال خروجـه، فـإن المؤخره والمقدمه كلتيهما من شؤون السفر كما لا يخفى.

ولو شـك فى شـىء أنه من توابع السـفر أم لا، كـان الأصـل عـدم أخـذه من بـاب السـفر، ونحو هـذه الروايه غيرهـا، مثـل روايه السكونى ومرسل الفقيه.

{وأما فى الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً} بلا إشكال ولا خلاف، بل ادعى عليه الإجماع جماعه.

{إلا إذا اشترط على المالك ذلك} فإنه يجوز له لقاعده الشرط.

وينبغى استثناء ما إذا كان متعارفاً بحيث يشمله إطلاق المعامله كما فى المدن الكبار، حيث الانتقال من المنزل إلى المتجر ونحوه يحتاج إلى إجاره السياره أو ما أشبه.

ولو اختلفـا فى التعـارف وعـدمه فـالمرجع العرف، ولو اختلف العرف فهـل يتساقطان ويكون الأصل عـدم تحمل المالك، لا من الأصل ولا من الربح، أو مقتضى القاعده التصنيف، لقاعده العدل والإنصاف، احتمالان.

مسأله ۱۵ المراد بالنفقه

(مسأله ۱۵): المراد بالنفقه ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها في سفره وأجره المسكن ونحو ذلك، وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه إلّا إذا كانت التجاره موقوفه عليها.

(مسأله ۱۵): {المراد بالنفقه} التى تؤخذ من الأصل أو الربح ما تقدم فى المسأله المتقدمه {ما يحتاج إليه من مأكول وملبوس ومركوب وآلات يحتاج إليها فى سفره} كالأوانى والقرب ونحوها، فإذا كان كثير السفر لم يمنع أن يحتفظ بها فى الحضر أيضاً، فلا حاجه إلى أن يبيع دابته وآلاته إذا وصل إلى البلد، بل احتفظ بها للسفر الآتى وهكذا، أما إذا انتهى سفره كان اللازم بيعها لانتهاء الاحتياج السفرى.

{وأجره المسكن ونحو ذلك} مثل نفقات الجواز فى الأزمنه الحاضره، لأن كل ذلك يعد نفقه تشملها المعامله.

{وأما جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه} لأنها ليست من نفقه السفر المحتاج إليها فى سفر التجاره، فلا يشمله إطلاق المعامله.

{إلا إذا كانت التجاره موقوفه عليها} حيث إن البضاعه لا يتمكن من اشترائها أو بيعها إلّا بالمصانعه والضيافه والهديه ونحوها، ولو كان الأمر لأجل تعريف نفسه للتجار حتى يعرفوه، ومن ذلك الإعلان فى وسائل الإعلام فى الحال الحاضر إذا ورد مدينه أو ما أشبه.

ومنه يعلم أن ذلك ليس خاصاً بالسفر، بل حال الحضر كذلك، أما إذا كان الربح متوقفاً على السفر المتوقف على المصانعه، مثل أنه إذا ورد البلد الفلانى كان

مضـطراً للضيافه لكثره معارفه مما يكون عدم ضيافته موجباً لخروجه عن الموازين الشرعيه والعرفيه، فهل ذلك من النفقه السفريه أم لا، احتمالان، وإن كان الأقرب الأول.

ولا فرق في المصانعه المحلله ذاتاً كالضـيافه للتجار، أو المحرمه كـذلك كالرشوه للظالم، حيث إنها محرمه وإن جازت للمعطى اضطراراً، وكذلك المكوس الملازم لاستيراد أو إصدار البضاعه.

وكيف كـان، فلا فرق بين نفقته بنفسه، أو نفقته لأجـل التجاره، والمراد بالتوقف العرفى، لا الـدقى العقلى، لأن المناط ما يشـمله إطلاق المعامله وهوالأول لا الثانى، فقوله: (الموقوفه) يراد بها التوقف عرفاً.

مسأله ۱۶ یقتصر فی السفر علی النفقه المتعارفه

(مسأله ۱۶): اللازم الاقتصار علی القدر اللائق، فلو أسرف حسب علیه، نعم لو قتر علی نفسه أو صار ضیفاً عند شخص لا یحسب له.

(مسأله ۱۶): {اللازم} علی العامل فی نفقات السفر {الاقتصار علی القدر اللائق} المتوسط عرفاً، لأنه المشمول للإطلاق.

{فلو أسرف حسب علیه} کما صرح به غیر واحد، إذ الزائد عن القدر اللائق لا یشمله الإطلاق، والإسراف یراد به الخروج عن اللائق وإن لم یکن إسرافاً شرعاً، مثلاً إذا کان المتعارف لمثله أن یأکل اللحم کل أسبوع ثلاث مرات، فاکله أربع مرات لم یعد سرفاً، وإن عدّ خروجاً عن اللائق.

ومنه یعلم لزوم مراعاه اللائق بالنسبه إلی مصارف الحضر التی هی من شؤون التجاره أیضاً، فإن إعطاء الحمال أزید إحساناً لیس سرفاً، لکنه خلاف المتوسط المشمول لإطلاق العقد فیکون ضامناً.

ثم لو فرض أن مصارف السفر یعادل مصارف الحضر أو کان أقل، کما إذا کان فی الحضر غلاء دون السفر، لم یکن بأس بالسفر، ولا یأتی الکلام المتقدم فی المسأله الرابعه عشره، وإنما ذکروا السفر فیما یتعارف من أکثریه مصارف السفر غالباً.

{والحاصل: إن المیزان هناک وهنا التوسط، فالخارج عن التوسط لیس من الوسط، بل من کیس العامل بنفسه.

{نعم لوقتر علی نفسه أو صار ضیفاً عند شخص لا یحسب له} المقدار الزائد عن التقتیر، کما صرح به الجواهر والمستمسک وغیرهما، لأن المشمول للإطلاق النفقه لا مقدار النفقه، کما ذکروا مثل ذلک فی کتاب الخمس، وأنه واجب علی الأرباح بعد إخراج النفقه.

نعم ينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو أكثر من المتعارف مره وقتر مره كان من الوسط، كما لو اكل اللحم فى أسبوع أربع مرات، وفى أسبوع مرتين، فإن العرف يلاحظ المجموع، فلا يقال إنه لا حق له فى أكثر من خمس مرات، حيث إن المره الرابعه فى الأسبوع الأول تحسب على نفسه.

ومثله ما لو قتر على نفسه قدر نصف الأكل فأعطاه لضيفه، أوكان شأنه ركوب سياره متوسطه فركب هو وضيفه سياره أقل مما أجرتهما تساوى أجره نفسه فى المتوسطه، والوجه أن الأمر عرفى، والعرف يرى شمول الإطلاق لمثل هذه الموارد.

ص:٢٦٢

مسأله ۱۷ نفقه السفر ذهابا وإيابا

(مسأله ۱۷): المراد من السفر العرفی لا الشرعی، فیشمل السفر فرسخین أو ثلاثه، کما أنه إذا أقام فی بلد عشره أیام أو أزید کان نفقته من رأس المال، لأنه فی السفر عرفاً، نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرج أو لتحصیل مال له أو

(مسأله ۱۷): {المراد من السفر} الوارد فی النص والفتوی {العرفی} لأنه المنصرف عنه فی مثل المقام، کانصرافه إلیه فی مثل «فسافر ففی الأسفار خمس فوائد» ونحوه {لا الشرعی} لأنه اصطلاح خاص لا یصار إلیه إلا فی مورده، فلیس للسفر حقیقه شرعیه ولا متشرعیه، وإنما دل الدلیل علیه فی القصر والإفطار.

وکذلک الحال فی کل مورد قید الشارع موضوعاً عرفیاً بقید خاص، فإنه لا یعتدی منه إلی غیر مورده، وقد نص علی ما ذکرناه الشهیدان والأردبیلی والسبزواری وصاحب الجواهر وغیرهم (قدس الله أسرارهم).

{فیشمل السفر فرسخین أو ثلاثه} کما یشمل العاصی بسفره وغیر القاصد وما أشبه ذلک، مما لیس له حکم السفر فی القصر والإفطار، کما أنه إذا فرض حکم الشارع بالسفر شرعاً، لکن لم یصدق علیه السفر عرفاً کان المقام أیضاً تابعاً للعرف {کما} عرفت.

ومنه یعلم {أنه إذا أقام فی بلد عشره أیام أو أزید، کان نفقته من رأس المال لأنه فی السفر عرفاً}، وإن کان علیه التمام والصیام.

{نعم إذا قام بعد تمام العمل لغرض آخر، مثل التفرج أو لتحصیل مال له أو

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجاره فنفقته فی تلک المده علی نفسه، وإن کان مقامه لما یتعلق بالتجاره ولأمر آخر بحیث یکون کل منهما عله مستقله لو لا الآخر، فإن کان الأمر الآخر عارضاً فی البین فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره

لغيره مما ليس متعلقاً بالتجاره} کزیاره الأقرباء والأصدقاء {فنفقته فی تلک المده علی نفسه} کما صرح به العلامه والشهید الثانی وغیرهما.

نعم إذا مرض بسبب السفر فبقی للعلاج کانت النفقه من الوسط، لأنه من شؤون السفر، أما إذا لم یکن المرض من شؤون السفر، کما إذا کانت فیه مره تهیج کل شهر فی أوله فصادف ذلک حال کونه فی السفر، لم یعد من شؤون السفر الذی علی الوسط.

ومما تقدم یعلم أنه لا فرق فی البقاء لغرض آخر بین الأول والوسط والأخیر، مثلاً سفره التجاری بحاجه إلی أربعه أیام، فإذا بقی خمسه أیام کان الیوم الزائد علی نفسه، سواء تفرج فی أول السفر، أو وسطه أو أخیره، بأن لم یشتغل بالتجاره لأجل التفرج.

{وإن کان مقامه لما یتعلق بالتجاره ولأمر آخر بحیث یکون کل منهما عله مستقله لولا الآخر} بأن تکاسرا فصارا عله واحده، لاستحاله توارد علتین مستقلتین علی معلول واحد، کما حقق فی محله.

{فإن کان الأمر الآخر عارضاً فی البین} کما إذا سافر لأجل التجاره أسبوعاً فرأی من طیب الهواء هناک أنه لولا التجاره بقی الأسبوع أیضاً {فالظاهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره} لدخوله فی إطلاق الدلیل، کما فی المستمسک،

وإن كانا فی عرض واحد ففیه وجوه، ثالثها: التوزیع وهو الأحوط فی الجمله

فإن الدلیل المتقدم فی المسأله الرابعه عشره، بالإضافه إلی إطلاق المضاربه یشمله.

فلا یقال: کیف أثر إحدی العلتین فقط، مع أنه خلاف العقل.

إذ یقال: إن البقاء لهما، أما النفقه فلیست معلوله للبقاء، وإنما للشرع والعرف، وکلاهما علی أنها من وسط المال، ولم یذکر المصنف عکس ذلک، أی ما لو سافر لأجل التنزه مثلاً، وإنما کانت التجاره عارضه، لأن مصب کلامه کان فی سفر التجاره، ومقتضی القاعده عدم جواز أخذ النفقه من الوسط علی تأمل فی ذلک.

{وإن کانا فی عرض واحد} بأن کان لکل واحده قوه العله التامه للسفر، بحیث لولا الآخر سافر أیضاً {ففیه وجوه}.

الأول: إنها من مال التجاره للصدق.

والثانی: إنها من کیسه، لانصراف الأدله إلی ما کان السفر لمحض التجاره.

و{ثالثها: التوزیع} فنصف النفقه علی التجاره، والنصف الآخر من کیسه، لأنه مقتضی انکسار العلتین، وتقتضیه قاعده العدل، کما إذا سافر لتجارتین لنفرین، حیث توزع النفقه بینهما، وإن کان کل تجاره مستقله، بحیث لو لم تکن الآخر کان سافر أیضاً.

{وهو الأحوط فی الجمله} أی من کون کل النفقه علی المالک، وجعله

وأحوط منه كون التمام على نفسه، وإن كانت العله مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعى فالظاهر التوزيع.

المسالک الأضعف، لأن الأدله إن عمت اقتضت الأول، وإلا اقتضت الثانى، غير ظاهر الوجه، فإن المقام حال السفر لأجل المضاربه من نفرين.

ومنه يظهر وجه قوله: {وأحوط منه كون التمام على نفسه} لأنه لا شبهه فيه.

{وإن كانت العله مجموعهما بحيث يكون كل واحد جزءاً من الداعى فالظاهر التوزيع}، كما فى الجواهر، لما تقدم من أنه المفهوم من العرف عند الإطلاق، ومن الروايات السابقه، بالإضافه إلى ما عرفت من قاعده العدل.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى جمله من كلمات الأعلام فى المقام.

مسأله ۱۸ لو سافر من غیر إذن

(مسأله ۱۸): استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فیه، فلو سافر من غیر إذن، أو فی غیر الجهه المأذون فیه، أو مع التعدی عما أذن فیه، لیس له أن یأخذ من مال التجاره.

(مسأله ۱۸): {استحقاق النفقه مختص بالسفر المأذون فیه} من قبل المالک إما بإذن خاص، أو بالإطلاق الشامل للسفر والحضر، کما هو الغالب.

{فلو سافر من غیر إذن} فلیست نفقه السفر من المالک أو الوسط، کما صرح به المسالک والجواهر وغیرهما، وذلک لأن الإذن والنص والإطلاق لا یشمل ذلک.

ومنه یعلم وجه قوله: {أو فی غیر الجهه المأذون فیه، أو مع التعدی عما أذن فیه} وإن کان السفر فی نفس تلک الجهه، کما إذا أذن له بالسفر بالسیاره فسافر بالطائره، أو قال: سافر فی شهر شوال، فسافر فی رمضان، إلی غیر ذلک، والجامع عدم الإذن فی السفر لفظاً أو إطلاقاً.

فـ {لیس له أن یأخذ من مال التجاره}، ولا فرق بین أن یزعم الشمول فظهر عدم شموله، وبین أن یعلم عدم الشمول فیخالف، کما لا فرق بین أن یربح أکثر مع المخالفه أم لا، وذلک لعدم شمول الدلیل.

ومما تقدم یعلم أنه لو زعم عدم الشمول فظهر الشمول، جاز له الأخذ إن لم ینو التبرع، کما إذا کان یزعم أن له الأخذ وإن لم یشمل الإطلاق مثلاً.

مسأله ۱۹ نفقه السفر علی المالکین

(مسأله ۱۹): لو تعدد أرباب المال، کأن یکون عاملًا لاثنین أو أزید، أو عاملًا لنفسه وغیره، توزع النفقه

(مسأله ۱۹): {لو تعدد أرباب المال کأن یکون عاملاً لاثنین أو أزید، أو عاملًا لنفسه وغیره} بأن جعل کل منهما مالاً بعنوان رأس المال، فیکون ربح مال نفسه لنفسه، وربح مال المالک لهما بالنسبه، {توزع النفقه} للسفر بینهما، کما ذکره غیر واحد.

وقال فی المسالک: (وجه التسقیط ظاهر، لأن السفر لأجلهما فنفقته علیهما)، وکلامه ظاهر فی ما إذا کان المال لنفرین أو أکثر علی نحو القراض، وحیث یکون فی المقارضه الواحده النفقه علی ذلک الواحده یکون علی الجمیع فی القراضات المتعدده، وکذا إذا کان قراض وغیره/ کما إذا سافر لأجل التجاره لزید قراضاً، ولعمرو قربه إلی الله تعالی، فإطلاق أن نفقه المضارب علی مال المضاربه أنها علی سبیل التوزیع، فلکل حصته.

أما إذا کان المال لنفسه وغیره، فلأن العرف یفهم من الإطلاق ذلک، لأن التعامل بشیء مستلزم لکون لوازمه أیضاً مرتبط بذلک التعامل، فیشمله الإطلاق بالنسبه.

وبذلک یظهر أن کلا احتمالی عدم کون شیء علی المالک، لإنصراف السفر إلی ما کان للمضاربه بحتاً، وفی المقام المضاربه جزء، وکون الکل علی المالک لصدق کون العامل مضارباً فتکون نفقته علی مال المضاربه فلا وجه للتوزیع، کما مال إلیه المستمسک، غیر ظاهر الوجه.

ولذا قال الجواهر: (إن السفر لما لم یکن للقراض خاصه اتجه التوزیع المزبور).

لکن لا یخفی أن ما ذکرناه من التوزیع فی غیر الصوره التی تقدمت فی المسأله السابعه عشر من قوله: (فان کان الأمر عارضاً...) إلخ.

ص:۲۶۸

وهل هو على نسبه المالين أو على نسبه العملين، قولان.

{وهل هو} أى التوزيع {على نسبه المالين} فإذا كان لأحدهما عشره وللآخر عشرون وزعت النفقه أثلاثاً، {أو على نسبه العملين} فإذا عمل لهذا يوماً ولذاك يوماً وزعت نصفين، وإن كانت نسبه المالين بالثلث والثلثين.

وهناك احتمال ثالث هو نسبه الربحين، فإذا ربح أحدهما عشره والآخرعشرين وزعت ثلاثاً بدون ملاحظه المال والعمل.

احتمالات، وإن كان لهم {قولان} بدون ذكرهم الاحتمال الثالث.

المبسوط ذهب إلى الأول، وتبعه جامع المقاصد والمسالك وغيرهما، قالوا: لأن استحقاق النفقه فى مال المضاربه منوط بالمال، ولا ينظر إلى العمل، فحيث إن النفقه لأجل مال إنماء المضاربه كان اللازم توزيعها حسب المال.

وبعض المعلقين ذهب إلى الثانى، ووجهه أن النفقه إنما يأخذها العامل لعمله، فاللازم التوزيع حسب العمل.

أما الاحتمال الثالث فلأنه الذى يراه العرف، فإذا ربح أحدهما ديناراً، والآخر عشرين ديناراً، فليس من مقتضى العرف أن يؤخذ من كل نصف دينار، وإن كان العمل لهما متساوياً وكان المال متساوياً.

لا يقال: فى علم الاقتصاد يقولون العمل ميزان الاستحقاق.

لأنه يقال: هذا قول بعضهم، وهو غير تام، بل هناك خمسه أشياء فى مقابل المال، كما ذكرناه فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) بل هنا أيضاً فى قبال المال، مثلاً نجاران قطعا من الغابه شجرين أحدهما أغلى من الآخر خشباً، فإن قاطع الأغلى يأخذ أكثر وإن كان عملهما متساوياً.

وكيف كـان، فكون النفقه على نسـبه العملين أقرب إلى الموازين الاقتصاديه، وعلى نسـبه الربحين أقرب إلى الموازين الإنصافيه، وكونها على نسـبه المالين فيه نوع من الضـعف، لكن جمعاً من المعاصـرين منهم ابن العم جعلوا الاحتياط برعايه أقل الأمرين من القولين الذين ذكرهما المصنف.

ص:٢٧٠

مسأله ۲۰ لا یشترط فی النفقه ظهور الربح

(مسأله ۲۰): لا یشترط فی استحقاق النفقه ظهور ربح، بل ینفق من أصل المال وإن لم یحصل ربح أصلًا، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح، ویعطی المالک رأس ماله ثم

(مسأله ۲۰): {لا یشترط فی استحاق النفقه ظهور ربح، بل} ولا عدم خساره، ولو صرف من العین، ف_ {ینفق من أصل المال وإن لم یحصل ربح أصلًا} أو حصلت الخساره، ویحق للعامل أن یصرف من مال نفسه أو غیره ثم یأخذ ما صرف من المال، وذلک لإطلاق النص والفتوی، وأنه مقتضی الجعل.

وعلیه فإذا قال: النفقه من الربح، توقفت علی الربح، وإن قال: من الأصل، لم یتوقف علی الربح.

ثم إن الشرط قد یکون من الأصل قبل ربح، وقد یکون بعده، وقد یکون من الربح، وقد یکون من کلیهما بالتنصیف أو بالنسبه، فإذا کان الأصل عشره والربح خمسه والنفقه ثلاثه، کانت من کل من الأصل والربح واحد ونصف علی الأول، ومن الأصل اثنان، ومن الربح واحد علی النسبه، والفرق بین کون النفقه من الأصل قبل الربح وبعده واضح، ففی مثال عشره وخمسه إذا أخذ ثلاثه النفقه قبل الاسترباح کان الربح ثلاثه ونصف، نصف السبعه الباقیه من الأصل، فالمجموع أصلًا وربحاً عشره ونصف، بینما إذا کان الشرط أخذها بعد الاسترباح، کان الأصل والربح خمسه عشر، وإذا خرجت الثلاثه بقی اثنی عشر، ومن الواضح اختلاف حصتها حسب اختلاف حصه الربح.

{نعم لو حصل الربح بعد هذا} الذی أنفق علی نفسه من الأصل {تحسب} النفقه {من الربح، و} علیه {یعطی المالک تمام رأسه ماله ثم} القدر الباقی بعد رأس المال، الذی هو الربح الصافی للتجاره،

ص:۲۷۱

يقسم بينهما.

{يقسم بينهما} حسب المقرر إن بقى شيء.

أما إذا لم يبق، كما إذا حصل على العشره ثلاثه وكانت النفقه ثلاثه، فإنه لا يبقى ربح بعد الثلاثه للنفقه كما هو واضح، وبما ذكرناه يظهر ببعض المآخذ على بعض الإطلاقات، فراجع المسالك والرياض والجواهر.

هذا ولكن الغالب فى المضاربات المشروطه بكون النفقه للعامل أن يتاجر العامل ويأخذ النفقه تدريجاً، وبعد العام مثلًا يحسب ما عنده، ويخرج رأس المال ويقسم الربح الباقى بينهما حسب النسبه المقرره، وعليه لا يحق له أن يأخذ كل النفقه من رأس المال أولًا، لأن ذلك يؤثر فى قله الربح.

نعم له أن يؤخر الأخذ بأن يصرف من نفسه وبعد ذلك يأخذ ما صرفه، وهذا وإن سبب أكثريه الربح عن أخذه النفقه تدريجاً، إلّا أن الظاهر المنصرف إليه إطلاق شرط أخذ النفقه عرفاً أن مزيد الربح الذى كان فى قبال النفقه التى لم يأخذها تدريجاً ليس للعامل، بل يحسب الربح كلًا ويقسم بالنسبه.

مثلاً ـ كان له أن يأخذ كل يوم ديناراً لأجل النفقه، فإذا لم يأخذه هذا اليوم وتاجر به فى ضمن رأس المال وربح نصف دينار فأخذ الدينار ليلًا، ليس له أن يأخذ ليلًا ديناراً ونصفاً بحجه أن النصف ربح دينار ومصرفه الذى لم يأخذه فى الصباح.

نعم إذا أخذ الدينار صباحاً بعنوان النفقه، ثم اشترى مأكله نسيئةً وبعد ذلك تاجر بالدينار لنفسه كان الربح له، لأن حاله حينئذ حال دينار خارجى.

ص:۲۷۲

مسأله ۲۱ المراد بالمرض

(مسأله ۲۱): لو مرض فی أثناء السفر، فإن کان لم یمنعه من شغله فله أخذ النفقه، وإن منعه لیس له

(مسأله ۲۱): {لو مرض فی أثناء السفر، فإن کان لم یمنعه من شغله فله أخذ النفقه} حسب الشرط، لأن المرض وعدمه حینئذ سواء، فقد عمل العمل المقرر، ولذا قال فی الجواهر: بلا ریب. وقال فی المستمسک: لإطلاق الأدله.

{وإن منعه} منعاً کاملاً، وإنما قلنا المنع الکامل، لوضوح أن المنع غیر الکامل لا یوجب إلاّ المنع من بعض النفقه حسب المنصرف عن الإطلاق، إن قلنا بأن المرض یمنع النفقه، مثلاً کان اللازم أن یشتغل کل یوم ثمان ساعات وکانت نفقته کل یوم دیناراً، فمرض مرضاً یمنعه کل یوم عن أربع ساعات، فإن مقتضی المنصرف من الإطلاق أن یمنع من نصف النفقه لا کل النفقه.

ثم اللازم تقیید آخر، وهو إن کان الإطلاق ینصرف عن حال المرض، أما إذا لم ینصرف کانت له النفقه، کما إذا کان السفر یلازم المرض غالباً لأنه سفر إلی البلاد التی یتعارف فیها المرض، وقد قرر بین المالک والعامل السفر إلی هناک مثلاً.

وبما تقدم یعلم أن المراد بالمرض أعم من کل شیء من هذا النوع الذی یمنع العمل، لا خصوص المرض المصطلح علیه، کما إذا کان له ضعف لا یسمی مرضاً، أو شرب المرقد فنام کثیراً أو ما أشبه ذلک، مما منع العمل وإن لم یسمّ عرفاً بالمرض.

وکیف کان، فإن منعه المرض {لیس له} أخذ النفقه، کما ذکره الجواهر

ص:۲۷۳

وعلى الأول لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.

وغيره، وعللوه بأن السفر فى حال المرض المانع عن العمل ليس للتجاره، وبعباره أخرى المنصرف من إطلاق أخذه النفقه ما كان فى حال العمل، فإذا لم يكن فى حال العمل لم تكن له النفقه، لأن الكلام لم يشمله.

هـذا ولكن أشـكل عليه غير واحـد إمـا مطلقـاً أو فى الجمله، والأقرب أن الأمراض العـاديه المتعـارفه لا تمنع النفقه، لأن إطلاق كلامهمـا يشـمله مثـل سـائر الموانع، كمـا إذا منعه الحر أو البرد أو المطر أو العواصف أو ما أشـبه، فإن المنع عن النفقه فى هـذه الأمور العاديه خلاف ظهور الإطلاق فى العموم، ولذا فإطلاق المسـتمسک فى قبال إطلاق المصـنف لا يخلو عن نظر أيضاً، قال: (ولازمه عدم النفقه مع طرو المانع عن العمل غير المرض إذا كان فى مقام الزوال وهو كما ترى) انتهى.

اللهم إلّا إذا أراد منع الإطلاق، كما قال بعض المعاصرين: فى إطلاقه نظر.

{وعلى الأول} الذى مرض بما لا يمنعه عن الشغل {لا يكون منها} أى من النفقه التى يأخذها {ما يحتاج إليه للبرء من المرض} كمـا قـاله المسالـک وغيره، معللاًـ له بـأنه لاـ يتعلق بالتجـاره، ولكن الظـاهر أن نفقه البرء المتعـارف مشـمول لإطلاق النفقه مثل المسـكن والمأكل والمشـرب ووسائل الحر والبرد والحفظ وغيرها، إذ كلها تسمى بالنفقه، ولذا قال فى المستمسک: (يشكل بأن المرض وإن لم يكن للتجـاره لكن السـفر لهـا، فـإذا كـانت مؤنه المرض من نفقات السـفر كانت على المالک كغيرها من شؤون النفقه).

ثم الظاهر أن من النفقه ما لابد له أن يعطيه للظالم لأجل جواز السفر ونحوه، كما يتعارف فی حال الحاضر، وكذا ما يعطيه للطرف الذی سبب اصطدام سيارته به عطباً لذاک مما يلزم الضمان، إذا لم يكن بقصد وتفريط، وكان الإطلاق غير منصرف عنه.

والحاصل: اللازم ملاحظه سعه الإطلاق عرفاً وضيقه، ولو شک فی شمول الإطلاق كان الأصل العدم، لأنه مصرف يخرج من كيس المالک إلی العامل بنفسه أو لشؤونه، فإذا شک فی تكليف المالک بذلک كان الأصل العدم.

ولو تنازعا كان العامل مدعياً.

وكذلک لو اختلفتا فی أن المجعول له جعل له من الأصل أو من الربح أو منهما بالنسبه، إذ حاصل الدعوی أن المال هل يخرج من كيس المالک أم لا، فالأصل عدم الخروج، ولو سلم الخروج لكن كان الكلام فی خروج الأزيد أو الأقل، كان الأصل عدم الأول.

ص:٢٧٥

مسأله ۲۲ لو فسخ فنفقه الرجوع؟

(مسأله ۲۲): لو حصل الفسخ أو الانفساخ فی أثناء السفر، فنفقه الرجوع علی نفسه

(مسأله ۲۲): {لو حصل الفسخ أو الانفساخ فی أثناء السفر، فنفقه الرجوع علی نفسه} علی ما ذکره غیر واحد، وعن ظاهر المسالک أنه لا خلاف فیه بیننا، واستدلوا له بارتفاع المضاربه فیرتفع حکمها، ولا تشمله الروایات السابقه لظهورها فی المضاربه الباقیه.

وفی المقام احتمالات أخر:

الأول: کون النفقه کالسابق لإطلاق النص، وإنصرافه إلی صوره عدم الفسخ غیر ظاهر، بالإضافه إلی أنه استحق النفقه بالسفر، والسفر بعد باق، فالحکم بالاستحقاق باق أیضاً.

الثانی: الفرق بین نفقه السفر ونفقه العامل، فالأولی علی الأصل، والثانیه علی نفس العامل، احتمله المستمسک قائلًا: (اللهم إلّا أن یقال النص لا ینفیه _ أی کون النفقه علی أصل المال _ والقاعده تقتضیه، فالعمل بها متعین فی خصوص نفقه السفر، لا نفقه العامل).

الثالث: الفرق بین ما إذا کان الفسخ بسبب العامل فلا نفقه، لأنه أقدم علی ذلک بعد عدم کون دلیل النفقه شاملًا لهذه الصوره، وبین ما إذا کان الفسخ لا من جهته، فالنفقه علی أصل المال، إذ لا وجه لتضرر العامل بما لم یقدم هو علیه.

الرابع: الرجوع إلی قصد الطرفین عند هذا الشرط، لأن العقود تتبع القصود، فإن کان قصدهما النفقه کانت لازمه علی الأصل، وإلا فلا لأصاله براءه

بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنها من مال المضاربه.

المالك([1]) عن وجوب شيء عليه، والمسأله بحاجه إلى مزيد من التأمل.

أما قول المصنف: {بخلاف ما إذا بقيت ولم تنفسخ فإنها من مال المضاربه} فإنه مستدرك، ووجهه ما تقدم.

ثم إنه لو كان حين الفسخ نفقه السفر على العامل، لا ينفع في كون النفقه على المالك اشتراط العامل لذلك في ضمن العقد، إذ بالفسخ يبطل العقد وشرطه أيضاً يبطل، ــ وإن قلنا بلزوم الشرط في ضمن العقد الجائز ــ فإن الشرط لازم الوفاء إذا كان عقد، فإذا انتفى كان من باب السالبه بانتفاء الموضوع.

لا ـ يقال: مقتضى القاعده أنه على المالك إذا كان العامل مغروراً بأن زعم أن النفقه عليه وإن حصل الفسخ، لقاعده «المغرور يرجع إلى من غر»([2]).

لأنه يقال: عدم معرفه العامل بالمسأله لا يوجب ضمان المالك، فهو كما إذا تصورت المرأه أن المتعه نفقتها على المتمتع، فإن ذلك لا يوجب جريان قاعده المغرور عليها.

نعم إذا أراد العامل كون النفقه على المالك على أي حال تمكن من ذلك

۱- انظر الوسائل: ج۱ الباب ۵ من أبواب مقدما ت العبادات ح۱. المستدرک: ج۱ الباب ۵ من مقدمات العبادات

۲- الوسائل: ج۱۲ ص۲۶۶ الباب ۱۲ من أبواب عقد البيع وشروطه ح۱۳

يجعل الشرط فى ضمن عقد لازم آ خر، وقد ذكرنا فى باب الشرط أنه يوجب الوضع، فله أن يجبر المالك الممتنع بواسطه الحاكم من إعطاء النفقه، وله أن يتقاص من ماله إذا لم يمكنه الإجبار، والله العالم.

ص:۲۷۸

مسأله ۲۳ لو تناقض فی کلامه

(مسأله ۲۳): قد عرفت الفرق بین المضاربه والقرض والبضاعه، وأن فی الأول الربح مشترک، وفی الثانی للعامل، وفی الثالث للمالک، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربه والربح بتمامه لی، کان مضاربه فاسده

(مسأله ۲۳): {قد عرفت الفرق بین المضاربه والقرض والبضاعه، وأن فی الأول الربح مشترک} بین العامل والمالک، {وفی الثانی للعامل، وفی الثالث للمالک، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربةً والربح بتمامه لی، کان مضاربه فاسده} لأن قوام المضاربه کون الربح بینهما، فهو مثل أن یقول: زوّجتک علی أن تکونی زوجه لی ولأخی، حیث إنه نکاح فاسد إذا کان ذلک مصب العقد لا علی نحو الشرط.

فإن المضاربه وکون الربح کله للمالک لما لم یمکن جمعهما، فالأمر لا یخلو من أربعه احوال، لأنه إما قصدهما، أو لم یقصد أیاً منهما، أو قصد البضاعه، أو قصد المضاربه، فإن قصد المضاربه کانت مضاربه، وإن قصد البضاعه کانت بضاعه، وإن لم یقصد أیاً منهما بطل لأن العقود تتبع القصود، وإن قصدهما فهو علی ثلاثه أقسام:

لأنهما إما مصب العقد، أو {الربح تمامه لی} علی نحو القید، واللازم البطلان فیهما، إذ حقیقه المضاربه الاشتراک فی الربح، وإن کان هناک أمر عقلائی فی إجراء العقد هکذا، مثل أن یزید علی مال العامل الذی یرید التجاره بمال نفسه مما یسبب له إمکان المعامله بماله فیما لا یمکنه تلک بماله وحده، مثلًا کانت صفقه تباع بمائه ألف، ولیس للعامل إلا خمسون، فلا یقدر علی المعامله المربحه بتلک الصفقه إلاّ بخمسین آخر.

أو أن بقـاء العامل بلا عمل كسـر له، ولـذا يريـد العمل ولو بـدون ربـح ليخرج نفسه عن البطاله، أو ما أشـبه ذلك مثل أن الظالم يخاف من المالك فلا يمد يده إلى مال العامل، حيث يعلم أنه يتاجر بمال المالك، إلى غير ذلك من الأمثله.

والثـالث: أن يكـون على نحـو الشـرط، وحيث إن الشـرط فاسـد وقـد حقق فى مبحث الشـروط أن الشـرط الفاسـد ليس مفسـداً، فيحتمل القول بصحه العقد وبطلان الشرط.

لكن هنـا محـذور أنه لاـ يمكن أن يكون بضـاعه لعـدم قصـدها، إذ العقود تتبع القصود، ولاـ يكون مضاربه، لأن مقوم المضاربه اشتراك الربـح وقـد فرض أنهما بنيا على عدم الاشتراك، ولا يمكن القول باسـتحقاق العامل أجره المثل لأن المالك دخل على أن لاـ يكون له الأجره وقبل العامل ذلك فلا حق له، وقاعـده احترام عمل المسـلم لا مجال لها بعـد أنه هتك حرمه عمله بنفسه، كما إذا بنى دار زيد مجاناً.

ومنه يعلم أن احتمال صـحه العقـد وبطلان الشـرط لا مجال له، فاللازم القول ببطلان العقـد فلا مضاربه لعدم إمكانها، ولا بضاعه لعدم قصدها، فما قصد لم يقع، وما أمكن وقوعه لم يقصد.

وبذلك ظهر موقع الإشـكال فى كلام المسـتمسك حيث قال: (والمتحصل أنه مع الالتفات التفصيلى فى مقام الثبوت لا مضاربه، لا صـحيحه ولا فاسده، وفى مقام الإثبات لا بضاعه، ومع عدم الالتفات التفصـيلى فالواقع إما مضاربه صحيحه، أو بضاعه صحيحه لا مضاربه فاسده).

إلا إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعه، ولا يستحق العامل أجره إلاّ مع الشرط أو القرائن الداله على عدم التبرع، ومع الشك فيه وفى إراده الأجره يستحق الأجره أيضاً لقاعده احترام عمل المسلم

{إلاّ إذا علم أنه قصد الإبضاع فيصير بضاعه، ولا يستحق العامل أجره} وقد (علم) يراد به فى مقام الإثبات، وإلا فالحكم مرتبط بمقام الثبوت.

{إلاّ مع الشرط} أى شرط الأجره {أو القرائن الداله على عدم التبرع} حيث إن المالك استوفى عمله ولم يقصد العامل التبرع، على ما تقدم فى بعض المسائل السابقه أن انضمام الأمرين الاستيفاء وعدم قصد التبرع يوجب أجره المثل.

وكيف كان، فإذا لم تكن مضاربه فقد يشترط التبرع وهو البضاعه، وقد يذكر الأجره فهو استيجار، وقد يسكت عن الأمرين، واللازم هنا الأجره أيضاً لاستيفاء العمل غير المتبرع به كما تقدم.

ومنه يظهر وجه قول المصنف: {ومع الشك فيه وفى إراده الأجره يستحق الأجره أيضاً} وذلك {لقاعده احترام عمل المسلم} ((1)) الذى استوفاه المالك، فإن كلًا من الأمر والاستيفاء يوجب الأجره إذا لم يتبرع العامل، فما ذكرناه من أن الاستيفاء يوجب البدل لا مفهوم له، إذ ربما يكون أمر بدون استيفاء ومع ذلك عليه الأجره، كما إذا قال: اكنس هذا المسجد، فإنه يستحق عليه الأجره، وإن لم يستوف الأمر شيئاً، وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه)

۱- المستدرك: ج۳ ص۲۱۵ باب نوادر الشهادات ح۵

وإذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لک، فکذلک مضاربه فاسده إلّا إذا علم أنه أراد القرض

عدم لزوم أن یدخل البدل فی کیس من خرج المثمن من کیسه، وذکرنا أنه إما أن یدخل کیسه کما إذا أعطاه دیناراً لیعطیه خبزاً، أو کیس ثالث کما إذا أعطاه دیناراً لیعطی للفقیر خبزاً، أو من کیس ثالث إلی کیس رابع کما إذا أعطاه دیناراً لیصبغ ولده دار ولد المعطی، وإما له غرض فی ذلک کما إذا أعطاه دیناراً لیکنس المسجد.

{وإذا قال: خذه قراضاً وتمام الربح لک، فکذلک مضاربه فاسده} کما فی القواعد والتذکره وغیرهما، وذلک لأن من شرط القراض اشتراک الربح.

وحیث قد عرفت مقتضی القاعده فی عکس هذه المسأله، کان اللازم جریان ذلک التفصیل هنا أیضاً، کما أشار إلیه المستمسک قائلاً: (الکلام فی المقامین من باب واحد)، وإن عرفت الإشکال فی أحکامه التی ذکرها فی المتحصل).

ولما ذکرناه قال السید البروجردی: (لیس هذا من المضاربه أصلاً کما مر، فإن قصد به تملیک العین کان قرضاً، وإلا کان إهداءً للربح إلیه قبل وجوده وهو لا یترتب علیه أثر).

أقول: نعم یمکن ترتب الأثر بأنه إذا أراد المالک أخذ الربح کان علیه أن یعطیه الأجره، لأنه استوفی مالم یتبرع به العامل.

{إلا إذا علم أنه أراد القرض} قد تقدم أن الکلام ینبغی أن یکون فی مقام الثبوت، لا الإثبات.

ولو لم يذكر لفظ المضاربه بأن قال: خذه واتجر به والربح بتمامه لی، كان بضاعه إلّا مع العلم بإراده المضاربه فتكون فاسده، ولو قال: خذه واتجر به

{ولو لم يـذكر لفـظ المضاربه بأن قال: خـذه واتجر به والرح بتمامه لی، كان بضاعه} كما ذكره غير واحـد، كالشـرائع والقواعد وغيرهما، إلّا أنه لا بد من إرادتهم ما لو قصدا التبرع بعمل العامل، وإلا كان اللازم إعطاءه الأجره، لأن المالک اسـتوفی عملاً لم يقصد العامل التبرع به، فيشـمله دليل الضـمان، مثل «لا يتوی حق امرئ مسـلم»(۱)، ولذا اشـكل عليهم المستمسک بأن مقتضی استيفاء عمل المسلم ضمانه.

وكيف كـان، فـالصور أربع: لأنهمـا إمـا أن يريـدا المجـانيه فلاـ أجره، أو الاجره فالأجره، أو إراده المالک فقط المجانيه مع فهم العامل ذلک، ومع ذلک عمل فلا أجره، إذ العامل بنفسه أهدر أجرته بإقدامه علی ما طلب المالک مجانيه عمله، أو إراده العامل فقط فلا أجره، لأن العامل أهدر حق نفسه فلا حق له فی الأجره وإن إعطاها المالک إياه.

{إلا مع العلم بإراده المضاربه فتكون فاسـده} لأنه خلاف حقيقه المضاربه أن يكون كل الربـح للمالک، وحيث قد تقدم الكلام فی مثل ذلک فی أول المسأله لم يكن داع إلی تكراره.

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۵ باب نوادر الشهادات ح۵

والربح لک بتمامه، فهو قرض إلّا مع العلم بإراده المضاربه ففاسد

ومنه یعلم الإشکال فی إطلاق کلام المصنف: {ولو قال: خذه واتجر به والربح لک بتمامه، فهو قرض} کما ذکره المحقق والعلامه وغیرهما، والظاهر أن مرادهم أن مثل هذا الکلام یعطی فائده القرض، لا أنه قرض، لوضوح أن القرض تملیک بعوض، وهذا لا یلازم التملیک، وبذا أشکل علیهم مجمع البرهان وتبعه المستمسک.

ولذا نزل الریاض کلامهم علی إراده أن اشتراط تمام الربح للعامل من أحکام القرض، لا أنه قرض فعلاً.

وکیف کان، فمثل هذا الکلام علی ثلاثه أقسام:

الأول: أن یرید المالک القرض، ولا إشکال فیه.

الثانی: أن یرید الربح لهما، لکن هو وهب حصته للعامل، وقد تقدم أن مثل ذلک هبه غیر لازمه، فهو مثل أن یقول: کلما أثمرت أشجاری فهو لک، فإنه لا یوجب تملک الموهوب له لها، ولا یکون ذلک مضاربه لعدم جعل نسبه الربح لهذا وذاک، مما لا تکون المضاربه إلّا به.

الثالث: أن یرید ملکیه المالک للمال وإنما کل الربح للعامل، وهذا کالثانی هبه غیر ملزمه.

{إلا مع العلم بإراده المضاربه ففاسد} لما تقدم من أن مقوم المضاربه تقسیم الربح.

ومنه یعلم حال ما إذا قال: اتجر به والربح للفقراء أو للمساجد أو ما أشبه ذلک.

ص:۲۸۴

ومع الفساد فى الصور المذكوره يكون تمام الربح للمالك، وللعامل أجره عمله إلّا مع علمه بالفساد.

{ومع الفساد فى الصور المذكوره يكون تمام الربح للمالك} قالوا لأن الربح تابع للمال، وفيه عدم تسليم ذلك، بل الربح لكل من المالك والعامل بنسبه خاصه، لأن الربح تابع لهما، فالمال وحده لا يربح والعمل وحده لا يثمر وإنما الثمر نتيجه الأمرين.

{و} بهذا ظهر الإشكال فى قوله: {وللعامل أجره عمله} إذ الأجره لا تلاحظ النسبه، اللهم إلّا أن يريد بالأجره النسبه الواقعيه، ولكنه خلاف ظاهر مثل هذا الكلام.

هذا بالإضافه إلى ما تقدم من أنه إذا جعل تمام الربح للمالك فى المضاربه الفاسده، وكان قصد أحدهما المجانيه لم يكن وجه لكون الأجره للعامل.

{إلا مع علمه بالفساد} إذا علم بالفساد ولم يقصد المجانيه لم يكن وجه لعدم الأجره، لأنه لم يدخل على أن يكون عمله مجاناً، والمالك لم يأمره بالعمل مجاناً، فلا فرق بين العلم والجهل فى استحقاقه الأجره، كما ألمع إلى ذلك جماعه من المعلقين.

ثم لو قال: خذ واتجر به والربح لك، وربح أقل من أجره المثل، أو لم يربح، أو خسر، لم يكن المالك ضامناً للتفاوت فى الأول، ولا للأجره فى الآخرين، إذ قد دخل العامل على أن لا يكون له شىء خارج الربح.

مسأله ۲۴ اختلاف المالک والعامل

(مسأله ۲۴): لو اختلف العامل والمالک فی أنها مضاربه فاسده أو قرض، أو مضاربه فاسده أو بضاعه، ولم یکن هناک ظهور لفظی ولا قرینه معینه

(مسأله ۲۴): {لو اختلف العامل والمالک فی أنها مضاربه فاسده أو قرض} فیما إذا کان هناک فائده فی الاختلاف المذکور، کما إذا ربح وکانت الأجره أقل من الربح، إلی غیر ذلک، إذ لولا الفائده لم یکن نزاع، کما قرر فی کتاب القضاء.

{او مضاربه فاسده أو بضاعه} کذلک، {ولم یکن هناک ظهور لفظی ولا قرینه معینه} یتسالم علیه الطرفان، إذ التسالم یوجب رفع الاختلاف، أما إذا کان أحدهما بدون تسالم الطرفین علی قبوله، فلا وجه بارتفاع النزاع بمجرد الظهور أو القرینه، فإن أحدهما إذا سلم بالظهور أو القرینه لکنه ادعی أن الأمر لم یکن حسب هذا الظاهر أو القرینه کان نزاع أیضاً، فإن النزاعات کثیراً ما تکون علی خلاف الظهورات اللفظیه أو العقلیه کظهور الید فی الملکیه، ومع ذلک الطرف الخارج یدعی عدم تمامیه یده، بل قد ذکر جماعه منهم لو کان له بیده ورقه بإمضاء الطرف أنه أبرأه أو وهبه أو باعه أو ما أشبه ذلک، وادعی الطرف أنه صحیح کون ذاک کتابته، إلّا أنه کتبه لیهب أو یبیع بعد ذلک، سمع دعواه لکثره الکتابه قبل العمل، واحتمال کون الواقع کذلک فی مورد الدعوی، وکأن المصنف تبع فی تقییده ب_ (هناک) المسالک والجواهر.

وفیه ما تقدم، إلّا إذا أرادا أنه لوکان ظهور لم یکن نزاع بأن کان من باب السالبه

ص:۲۸۶

فمقتضى القاعده التحالف

بانتفاء الموضوع، وكأن المعلقين الذى سكتوا على قيد المصنف، لما ذكرناه من (كان...).

أما قول المستمسک: (ولعل مراد المصنف أن ذلك فى شرط التحالف، ومع الظهور اللفظى أو القرينه يكون المورد من موارد المدعى والمنكر، لا أنه لا تسمع دعوى الخلاف) انتهى.

ففيه: إن التحالف لا يلزم عدم الظهور، بل الظهور يكون حينئذ مؤيداً، هذا بالإضافه إلى أن الظاهر من كلام المسالك _ الذى تبعه المصنف حسب الظاهر، وإلا كان له ذكر الادعاء والإنكار _ أنه يرفع النزاع مطلقاً مع الظهور، لأنه قال: (ضروره عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينه، وإلا لزم من ذلك فساد كثير).

{فمقتضى القاعده التحالف} وإنما كان التحالف، لأن كلًا منهما يدعى أمراً خلاف الأصل، فإن المضاربه الفاسده والقرض والبضاعه كلها خلاف الأصل، والملاحظ فى إجراء أحكام الدعوى مصب النزاع الذى يفرغ كل طرف دعواه عليه، وليس الملاحظ الغرض المقصود من الدعوى، وإن جعله المستمسک مقتضى التحقيق.

ولذا إذا قال أحدهما: إنه يطلب الطرف مالاً، يختلف {فى سير النزاع} جواب الطرف، فإن قال: {إنى برىء} كان منكراً، وكان الأصل معه، وإن قال: {أديت طلبه} كان مدعياً، وكان الأصل مع الطرف، مع أن الغرض المقصود من الدعوى لا يختلف فى المقامين، فإن جوهر النزاع فى أنه هل يؤدى الطرف

مالاً ـ أو لا ـ وكذلك إذا قال الرجل: هو زوجتى، وقالت هى: لست زوجته، أو طلقنى، فإن فى الأول يكون الرجل مدعياً، وفى الثانى منكراً، مع أن الغرض المقصود من الدعوى جواز مباشرتها مباشره الأزواج وعدمه، إلى غير ذلك من الأمثله.

وقد ذكر الفقهاء فى كتاب القضاء أمثله جوهرها واحد، لكنها تختلف من حيث سير القضاء فى الذى ينطبق على أطراف النزاع من الصفات، وذكروا هل يجوز للحاكم تعليم بعضهم كيفيه تقرير الدعوى بما ينجحه فى النزاع.

وبناءً على ماذكرناه من كون المعيار مصب الدعو، فللمسأله صور:

الأولى: إذا ادعى المالك القرض وادعى العامل المضاربه الفاسده {وذلك لأن المالك يريد التخلص من الأجره، حيث إن القرض لا ـ أجره على المالك فيه، بخلاف المضاربه الفاسده، حيث على المالك أجره عمل العامل، أو ليست خساره المال على المالك فى القرض، بينما خسارته على المالك فى المضاربه} كان من مورد التحالف، لأن كلا الأمرين خلاف الأصل.

الثانيه: إذا ادعى المالك المضاربه الفاسده، وادعى العامل القرض {لأن المال ربح ربحاً أكثر من الأجره، فالمالك يريد الربح وإعطاء الأجره، والعامل يريد أن يكون كل الربح له لأنه قرض}.

ففى بعض الحواشى: الظاهر أن الحلف يتوجه إلى المالك، لإنكاره القرض، وليس فى دعواه المضاربه إلزام للعامل بشىء ليتوجه الحلف إليه أيضاً، وفيه:

إن فى دعواه المضاربه الفاسده إلزام للعامل، حيث إن المضاربه الفاسده تعطى كل الربح للمالک، ويعطى المالک الأجره للعامل، والأجره أقل من الربح حسب الفرض، فقوله: (ليس إلزام) محل نظر.

هذا بالإضافه إلى أن صيغه الدعوى التى هى المعيار _ على ما تقدم _ مختلفه، مما لا يجعل أحدهما مدعياً والآخر منكراً، بل كل واحد مدع خلاف الآخر، وهذا هو ميزان التحالف على ما ذكر فى كتاب القضاء.

وبذلک ظهر وجه النظر فى قول السيد البروجردى، حيث قال: (العامل فى كلتيهما لا يضمن المال، ولا له شىء من الربح، وإنما يكون له الأجره فى الأولى مع جهله بالفساد أو مطلقاً، وفى الثانيه مع عدم تبرعه، فعلى هذا لا إلزام فى شىء منهما إلّا أن يحرر المالک دعواه على وجه لا ـ يستحق العامل معه الأجره على عمله، فتكون ملزمه ويحلف العامل على نفيها فيحكم له بالأجره ولا تحالف على الأصح) انتهى.

وجه الظهور أن العامل فى صوره القرض _ حيث يدعيه _ يملک كل الربح، فكيف يقال ليس له شىء من الربح، هذا بالإضافه إلى أنه لو ثبت علمه بالمضاربه الفاسده وجهل المالک بها كان ضامناً للمال، حيث يشمله دليل اليد، فإطلاق قوله: (لا يضمن المال) محل منع، إلى ذلک من موارد النظر فى كلامه، كما يظهر بعضها مما سيأتى.

أما قول السيد الجمال فى تعليقه: (ويحكم حينئذ فى الصورتين بكون الربح للمالک، واستحقاق العامل أجره عمله)، ففيه مواضع نظر،

إذ أولاً: لا

إطلاق لما أطلقه، فإنه قد لا يكون ربح، وقد يكون خسران، فليس كل فروض المسأله فيها ربح حتى يطلق أن الربح للمالك.

وثانياً: لا أجره للعامل إذا ثبت علمه بالمضاربه الفاسده، إذ لا يحق له التصرف فى مال المالك بعد هذا العلم، والحال أن إذن المالك كان مقيداً بالمضاربه الصحيحه، فإن احترام عمل المسلم إنما هو إذا لم يهدر هو عمله، كما تقدم فى المسأله السابقه.

وثالثاً: ما سبق أن ذكرناه من أن الربح وليد رأس المال والعمل، فاللازم أن يقسم بينهما بنسبه عادله غير مجحفه، والأجره غير النسبه، كما هو واضح فيما كان الربح كثيراً، مثلاً عمل شهراً وأجرته مائه، بينما نسبه الربح تقتضى الألف مثلاً، وقد ذكرنا فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) لزوم عدم الإجحاف كما ذكره على (عليه السلام) فى موضعين من نهج البلاغه.

الصوره الثالثه: أن يختلفا فى أنها مضاربه فاسده أو بضاعه، فالمالك يقول: إنها بضاعه، حتى يكون كل الربح له بدون أجره للعامل، والعامل يقول: إنها مضاربه فاسده، يكون كل الربح له باستثناء أجره العامل، ومقتضى القاعده هنا التحالف لما عرفت أن المعيار مصب الدعوى، لا الغرض المقصود منها.

ومنه يعلم وجه الإشكال فى تعليق ابن العم، حيث قال: (الصوره الثانيه ليست مورداً للتحالف. لعدم دعوى ملزمه إلاّ بالتأويل) انتهى.

كيف والعامل يريد الأجره، والمالك يريد عدم إعطائها له، فإنهما لو صبا النزاع هكذا كان العامل مدعياً والمالك منكراً، ولو صباها بضاعةً ومضاربةً

كان من موارد التحالف، وقد عرفت أن الاعتبار بالمصب لا بالمقصود الآئل إليه النزاع.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام المستمسک حيث قال: (وإذا ادعى المالک البضاعه، وادعى العامل المضاربه الفاسده، فقد اتفقا على كون الربح للمالک، ويكون الخصام بينهما فى أن العامل يستحق على المالک الأجره أو لا، فالمالک يدعى أنها بضاعه مبينه على المجانيه، والعامل يدعى المضاربه الفاسده الموجبه لاستحقاق الأجره، فاستيفاء عمل العامل الموجب للضمان حاصل على كل حال، ويدعى المالک التبرع، وينكر العامل ذلک).

الصوره الرابعه: عكس الصوره الثالثه، بأن ادعى العامل البضاعه والمالک المضاربه الفاسده، وهذا النزاع يكون لأمرين:

الأول: الواقعيه، حيث يعتقد كل صحه ما يقوله.

الثانى: الآثار الخارجيه، كما إذا كان الظالم يأخذ من الأموال التى تجعل فى البضاعه ضريبه، والمالک يريد الفرار من ذلک مثلاً، أو أن العامل لا يريد أخذ الأجره لأنه يراه نوع منه من المالک عليه، أو أن العامل إذا ثبت أنه عمل مضاربه لم يعط من الأموال المقرره للعاطلين الذين لا حق لهم فى عمل، بينما إذا كان الأمر بضاعه أعطى من تلک الأموال.

وكيف كان، فإذا تحقق هناک نزاع شرعى كان من موارد التحالف أيضاً، وإذا تم التحالف كان اللازم إعطاء العامل الأجره، وإذا لم يقبل كانت من مجهول المالک الذى يقسم بينهما، أو يرجع بها إلى بيت المال، كما إذا قال

وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحه وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحه ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معينه واختلفا فى صحتها وفسادها، لا مثل المقام الذى يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح وعلى الأخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا فى أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلا

أحدهما: هذا لك، وقال الآخر: بل لك، والله سبحانه العالم.

{وقد يقال: بتقديم قول من يدعى الصحه} كما فى المسالك، وذلك لأن الأصل فى العقود الصحه، وهو أصل ثانوى مقدم على أصل الفساد الذى هو أصل أولى، كما قرره الشيخ فى المكاسب وغيره فى غيره.

{وهو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحه ما إذا علم أنهما أوقعا معامله معينه} كالمضاربه {واختلفا فى صحتها وفسادها} فإن دليل الأصل الثانوى المقتضى للصحه يشمله {لا مثل المقام الذى يكون الأمر دائراً بين معاملتين على إحداهما صحيح وعلى الأخرى باطل} فإنه مورد التحالف.

سواء كانا من جنس واحد {نظير} ما إذا اختلف الزوجان أن العقد دائم ليكون باطلًا، حيث للزوج أربع نسوه، أو منقطع ليكون صحيحاً لأن الانقطاع لا ينافى ذلك، ومن الواضح أن الدوام والمتعه من جنس واحد.

أو من جنسين، مثل {ما إذا اتختلفا فى أنهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلًا}، أو اختلفا فى الإجاره الصحيحه والبيع الفاسد مثلًا.

ص:٢٩٢

وفی مثل هـذا مقتضـی القاعـده التحـالف، وأصـاله الصـحه لاـ تثبت کونه بیعاً مثلًا لا إجاره، أو بضاعه صـحیحه مثلًا لا مضاربه فاسده.

{وفی مثل هذا مقتضی القاعده التحالف} وقد ظهر مما تقدم عدم صحه إشکال المستمسک فیه فراجع.

{وأصاله الصحه لا تثبت کونه بیعاً مثلًا لا إجاره} أو بالعکس فی العکس {أو بضاعه صحیحه مثلًا لا مضاربه فاسده} لأن ذلک خارج عن مجری الأصل.

ومما تقـدم ظهر الکلام فی سائر صور الاختلاف، کما إذا قال: أعطیته بـدل إیجار داره، أو سـلعته التی اشتریتها منه، أو بدل رهن داره أو مـا أشـبه ذلـک، وقـال: بل قرضاً أو مضاربهً أو بضاعهً أو ما أشـبه ذلک، فإن أمثال هـذه المقامات من التـداعی الموجب للتحالف.

ص:۲۹۳

مسأله ۲۵ لو قال المالک: الربح بيننا

(مسأله ۲۵): إذا قال المالک للعامل خـذ هـذا المال قراضاً والربـح بيننا صـح، ولكل منهما النصف، وإذا قال: ونصف الربح لک، فكذلک

(مسأله ۲۵): {إذا قال المالک للعامل: خذ هذا المال قراضاً والربح بيننا صح} بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم، بل ظاهر المسالک وغيره الاتفاق عليه.

{و} هـل {لكـل منهمـا النصف} كمـا صـرح بـذلک غير واحـد، لأنـه المنصـرف من (بيننا) أو بالنسـبه المعقوله، الظاهر الثانی، لوضـوح أن لكـل من رأس المـال والعمـل نسـبه خـاصه من الربـح إذا لم تكن هنـاک إراده منهمـا لغير تلـک النسـبه، ولو كـان الانصراف سبباً للتنصيف، إذ الإراده قد يصرح بها وقد توكل إلى الإنصراف.

ومن المعلوم أن النسـبه تختلف من زيـاده المـال وقلته، ومن زيـاده نشـاط العامـل وقلته، ومن تعـدد المالک أو العامل أو كليهما ووحدتهما، فإذا كان هناک عاملان كان نصيب المالک أقل، بينما إذا كان المالک متعدداً كان نصيب العامل أقل وهكذا.

{وإذا قال: ونصف الربـح لک، فكذلک} هذا مما لا إشـكال فيه ولا خلاف، وتقتضـيه القاعده، لأن العقود تتبع القرار، اللهم إلاّ إذا كان إجحاف، حيث إنه منهی عنه، كما فی كلام الإمام (عليه السلام) فی كتابه إلى الأشتر(۱) وفی غيره.

والإجحاف إنما يتحقق إذا كانت النسبه أقل من النصف لأحدهما بما لا يتسامح

۱- نهج البلاغه: الخطبه ۵۳

به عرفاً، ولم يكن صاحب النصف مطلعاً على ذلك.

مثلاًـ عامل عمل مائه يوم كل يوم بـدينار وجمعه، ويكون إذا اشترى به داراً كانت إجاره الـدار كل يوم بـدينار، ومعنى ذلك أن أجره كل يوم تعطى عشره أفلس ربحاً حيث إن الدينار ألف فلس، فإذا أعطى هذا المالك المائه لعامل فعمل فيها خمسين يوماً وصار مجموع رأس المال والربح عنده مائتين وخمسه وعشرين ديناراً، كان لازم ذلك أن المائه دينار رأس المال ربح كل يوم ديناراً، لفرض أن أجره الـدار لخمسين يوماً خمسون ديناراً، وأن اجره العامل لخمسين يوم عمله خمسون ديناراً، وربح خمسينه خمسه وعشرون ديناراً، لفرض أن كل دينار يربح عشره أفلس، فاللازم تقسيم الربح الصافى الـذى هو مائه وخمسه وعشرون ديناراً بين المالك والعامل، فللمالك خمسون ديناراً علاوه على مائه، وللعامل خمسون لكل يوم دينار، وخمسه وعشرون أرباح الخمسين، إذ كما لمائه المالك فى كل يوم دينار كذلك لخمسين العامل فى كل يوم نصف دينار.

وهذا هو مقتضى النسبه التى ذكرناها، فإذا وزع الربح، أى مائه وخمسه وعشرون، كما قال المصنف تبعاً للمشهور من التنصيف، كان معناه أن للمالك اثنين وستين ونصف دينار، وللعامل بقدر ذلك، والحال أن المالك أخذ اثنى عشر ونصفاً أكثر من حقه، والعامل نقص من حقه اثنى عشر ونصف.

ولاـ يخفى أن المثال تقريبى، وإلا فاللازم ملاحظه أرباح خمسينه يوماً فيوماً، لأن مائه المالك مجتمعه، أما خمسون العامل فإنه ليس مجتمعاً، بل يحصله ويستربحه يوماً فيوماً.

ص:٢٩٥

بـل وكـذا لو قـال: ونصف الربـح لی، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضـهم بين العبارتين وحكم بالصـحه فی الأولی لأنه صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقی له علی قاعده التبعيه

وكيف كـان، فـإذا أقـدم العامل علی ذلك لم يكن به بأس، أما إذا لم يعلم بهـذا النقص كان إجحافاً بحقه، كما قالوا مثل ذلك فی باب الغبن، حيث للمغبون الخيار إذا كان جاهلاً بالغبن حين المعامله.

وإن شـئت قلت فی المقـام: إن العامل غبن، وإن لم يتعمـد غبنه المالك، فله حق أخـذ مقـدار حقه، كما إذا غبن الأجير فی سائر أنحاء الإجاره.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا كان رأس المال أكثر من مائه أو أقل من مائه، وقد فرض أن العامل عمل فيه خمسين يوماً مثلاً، حيث إن لكل من العامل والمالك نسبه خاصه من الربح إذا تعدی أحدهما علی الآخر بأخذ الأزيد من تلك النسبه كان إجحافاً إن لم يعلم به الطرف الذی أخذ أقل من حقه النسبی.

{بل وكذا لو قال: ونصف الربح لی، فإن الظاهر أن النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضـهم} كالشـرائع {بين العبارتين وحكم بالصحه فی الأولی لأنه} كما علله المسالك {صرح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقی له علی قاعده التبعيه} حيث إن الربح تابع للمال.

أقول: لكنا ذكرنا سابقاً الإشـكال فی هـذه القاعـده، لأن الربـح وليد المال والعمل، فجعله تابعاً للمال خلاف القاعده، وإنا وإن لم نقل بأن الربح تابع

ص:۲۹۶

بخلاف العباره الثانيه، فإن كون النصف للمالک لا ينافی کون الآخر له أيضاً علی قاعده التبعيه.

فلا دلاله فيها علی کون النصف الآخر للعامل، وأنت خبير بأن المفهوم من العباره عرفاً کون النصف الآخر للعامل.

للعمل، کما ذهب إليه بعض الاقتصاديين، إلاّ أنا لا نقول بالتبعيه للمال أيضاً، کما هو المشهور بين الفقهاء.

{بخلاف العباره الثانيه، فإن کون النصف للمالک لا ينافی کون الآخر له أيضاً} إذ عدم کونه للمالک من باب مفهوم اللقب، وهو ليس بحجه، فعدم ذکر حال النصف الآخر يقتضی کونه للمالک أيضاً {علی قاعده التبعيه} ولذا تکون المضاربه باطله، کما فی المسالک، حيث قال: الأجود البطلان، وقال فی القواعد: بطل علی إشکال، حيث لم يذکر حق العامل، فهو مضاربه فاسده.

{فلا دلاله فيها} أی فی العباره الثانيه {علی کون النصف الآخر للعامل}.

هذا {وأنت خبير بأن المفهوم من العباره عرفاً کون النصف الآخر للعامل} فلذا لا وجه للفرق بين العبارتين، ولا للقول ببطلان الثانيه، ولذا جعل الصحه فی الجواهر واضحاً.

نعم، إن قال المالک: إنه لم يرد المفهوم فی الثانيه، وإنما أراد المنطوق فقط، حيث سکت عن النصف الثانی، کان مقتضی القاعده البطلان، بل هو کذلک فی العباره الأولی أيضاً، إذ قد تقدم لزوم أن يکون للعامل حصه وللمالک حصه.

ص:٢٩٧

مسأله ۲۶ لو قال: خذه قراضا

(مسأله ۲۶): لا ـ فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، فى الصحه والاشتراک فى الربح بالمناصفه، وربما يقال بالبطلان فى الثانى، بدعوى أن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالک. وقد يربح النصف فيختص به أحدهما

(مسأله ۲۶): {لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضاً ولك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضاً ولك ربح نصفه، فى الصحه} لوضوح مقدار الربح الذى لكل منهما فى العبارتين.

{والاشتراک فى الربح بالمناصفه} حسب العقد المقرر بينهما، وهذا هو الذى اختاره الشرائع والقواعد، بل فى المسالک إنه المشهور.

{وربما يقال} والقائل الشيخ فى أحد قوليه {بالبطلان فى الثانى بدعوى} أمور:

الأول: {إن مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالک} مع أن مقتضى المضاربه الاشتراک فى كل جزء من الربح، وفى الفرض لا اشتراک كذلک، لأن ربح أحد النصفين للعامل، وربح النصف الآخر للمالک.

أقول: إذا كانت المعامله مضاربه عقلائيه لم يكن بذلک بأس، ويشمله إطلاق دليل المضاربه، وعدم شمول بعض الأدله له غير ضار، إذ لا دلاله لتلک الأدله على بطلان ما عدا تلک الصوره التى اشتملت عليها تلک الأدله، فتأمل.

الثانى: {وقد يربح النصف فيختص به أحدهما} بلا اشتراک بينهما، مع أن المضاربه يلزم أن تكون ربحها مشتركاً بينهما.

ص:۲۹۸

أو يربـح أكثر من النصف، فلا تكون الحصه معلومه، وأيضاً قـد لا يعامل إلاّ فى النصف، وفيه: إن المراد ربـح نصف ما عومل به وربح فلا إشكال.

الثـالث: {أو يربـح أكثر من النصف فلا تكون الحصه معلومه} فيكون ربـح النصف الآخر أقل، فلا تكون النسـبه معلومه مع لزوم أن تكون النسبه معلومه، ولم يذكر المصنف أقل من النصف، للتلازم بين أكثريه أحد النصفين وأقليه النصف الآخر.

الرابع: {وأيضاً قد لا يعامل إلاّ فى النصف} فمقتضى المضاربه أن يكون ربح هذا النصف بينهما، لا أن يكون لأحدهما.

{وفيه} ما أشار إليه المسالك: بأن الإشاره ليست إلى نصف معين، بل إلى مبهم، فإذا ربـح أحـد النصـفين فذلك الذى ربح هو المال والـذى لم يربـح لا اعتداد به، وتبعه المصـنف وغيره بقوله: {إن المراد ربح نصف ما عومل به وربح فلا إشـكال}، نعم إذا أريد بـ (لك نصف ربحه) النصف الخاص خارجاً لم يصح، ولعل الشـيخ أراد ذلك. ولذا قال السـيد ابن العم: (الظاهر بطلان المضاربه بالعباره الثانيه، إلاّ إذا أريد بها المعنى الأول) انتهى.

وعلى هذا، فصور النصف ثلاثه:

المبهم االذى يسمى بالكلى فى المعين وهذا باطل.

والمعلوم خارجاً، هذا باطل.

وعلى نحو الكسر المشارع وهذا صحيح.

والفرق بين الأول والثالث هو الفرق فى مسأله بيع أطنان القصب فاحترق بعضه، كما ذكره الشيخ (رحمه الله) فى المكاسب، ولذا يشـكل على الجواهر وغيره فى تخصيصـهم الصوره البـاطله بمـا إذا عين النصف المضـاف إليه ربـح العامل، إذ قـد عرفت بطلان صورتين، لا صوره واحده.

مسأله ۲۷ اتحاد المالک والعامل وتعددهما

(مسأله ۲۷): يجوز اتحـاد المالـك وتعـدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين، فلو قال: ضاربتكما ولكما نصـف الربح صح، وكانا فيه سواءً.

(مسأله ۲۷): {يجوز اتحاد المالك وتعدد العامل مع اتحاد المال أو تميز مال كل من العاملين} وذلك لإطلاق الأدله، وقد صرح غير واحد بالوحده والتعدد فى كل من المالك والعامل، وعليه فالصور ثمان:

لأن المالك إما واحد أو متعدد، وعلى كل فالعامل إما واحد أو متعدد، وعلى كل فالمال إما مع التميز أو بلا تميز.

ومنه يعلم صـحه أن يأخذ البنک المال من جماعه ويجعلها فى التجاره ويعطى الربح لهم بالنسـبه حسب الحصص، لكن لا يخفى أنـا ذكرنـا فى كتـاب (الفقه: الاقتصاد) أن البنك لا حق له فى أخـذ أكثر من جهـده الفكرى والعملى، بل اللازم تقسـيم الأرباح بدون أن يكون هناک إجحاف.

{فلو قـال: ضاربتكمـا ولكمـا نصف الربـح صـح، وكانا فيه سواء} لكل نصف النصف، إذا كان العرف يرى ذلك، بأن كان كمّ العمل وكيفه متساوياً، أما إذا لم ير العرف ذلك تبعاً لاختلاف كمّ العمل وكيفه، كان اللازم التقسيم بالعدل لا بالاستواء.

وبمـا ذكرنـاه يظهر أن المراد بالشـركه فى عمـل المضـاربه عمـل كـل منهما فى جميع المال منضـماً أو مسـتقلًا، لكن كلما عمل أحدهما يكون الآخر فى ربحه شريكاً، فلا يقال: لا وجه لاشتراك غير العامل فى ربح العامل، فإن المتعارف

ولو فضل أحـدهما على الآخر صـح أيضاً، وإن كانا فى العمل سواءً، فإن غايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به

أن المالـك يعطى مقـداراً من النقـد لاثنين ليفتحا دكاناً، ويشتركا فى البيع والشـراء وما أشـبه، وأخير السـنه يحسب المال، فكلما كان ربح يكون بين الثلاثه حسب نسبه مجعوله، ويكفى فى صحه ذاك الصدق والسيره، فيشمله إطلاق أدله المضاربه، وكذلك العكس، حيث يعطى نفران رأس المال لإنسان واحد سواء جمعهما واشترى بها البضائع، أو اشترى بهذا المال شـيئاً وبالمال الآخر شيئاً آخر.

ومنه يعلم أنه لاـ وجه لتأمـل بعض المعلقين فيمـا كان المقصود جواز العمل لكل منهما فى جميع المال منضـماً أو مسـتقلاً، لكن كلما عمل أحدهما يكون الآخر فى ربحه شريكاً.

{ولو فضـل أحـدهما على الآـخر صـح أيضـاً} وفى المسالـك إنه صـحيح عنـدنا، لكن يجب أن يقيـد ذلـك بما قـدم من عـدم الإجحاف، لما عرفت من وجهه.

{وإن كانا فى العمل سواءً} لأجل تفاوتهما فى الذكاء أو ما أشبه مما يوجب التفاوت فى المعامله.

{فإن غـايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، وهـذا لا بأس به} إذا لم يكن إجحافاً، وإلا كان به بأس، حيث إن الشارع منع عنه، إلّا إذا أقدم نفس العامل بدون كره شخصى أو كره أجوائى، فإن له الحق فى ذلك

ویکون العقد الواحد بمنزله عقدین مع اثنین.

حیث یدل علیه تسلط الناس علی أنفسهم وأموالهم([(۱)]).

ولاـ یخفی أنه ربمـا لاـ یکون إجحافـاً، وإن کـان العمـل متساویـاً من جمیع الجهـات، إذا کانت الزیاده للطرف الآخر العامل معه تفضـلًا، کمـا إذا کانت أجره العامل دیناراً فی کل یوم، وکان ربحه من المضاربه دیناراً ونصـفاً حسب المقرر، بینما ربـح العامل الآخر دینارین، حسب المقرر من التفاوت بینهما، فإنه لا إجحاف فی حقه، وإنما تفضل علی الآخر.

{ویکون العقـد الواحـد} بین المالک والعاملین {بمنزله عقدین مع اثنین} فکما یجوز جعل الربح متفاوتاً فی عقدین یجوز جعله متفاوتاً فی عقد، لکن لا یخفی أن العقدین أیضاً کذلک، أی لا یجوز الإجحاف فی أحدهما، لإطلاق دلیل المنع عن الإجحاف، والله العالم.

هـذا ولکن قـد یکون هناک عقد واحد، وقد یکون عقدان فی صوره عقد واحد، أی قد یلفظ الإنسان لفظ عقد ویقصد عقدین، مثله مـا لو تزوج زوجتین بلفـظ زوجتکمـا، أو طلقهمـا بلفـظ طلقتکما، حیث إنهما نکاحان وطلاقان وإن جیء بلفظ واحـد، وقد یقصد عقداً واحداً، کما إذا باع داره وبستانه صفقه واحده، وتظهر الثمره فی مثل خیار تبعض الصفقه وخیار العیب وما أشبه، فإن الـدار إذا کانت معیبه أو کان بعضـهما للغیر، فإن المشتری له حق رد إذا کان عقـداً واحداً، ولیس له رد البسـتان إذا کان عقدین فی صوره عقد واحد.

۱- بحار الأنوار: ج۲ ص۲۷۳

ویکون کما لو قارض أحدهما فی نصف المال بنصف، وقارض الآخرفی النصف الآخر بربع الربح ولا مانع منه، وکذا یجوز تعدد المالک واتحاد العامل، بأن کان المال مشترکاً بین اثنین فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساویاً بینهما، أو بالاختلاف بأن یکون فی حصه أحدهما بالنصف وفی حصه الآخر بالثلث أو الربع مثلاً

أما کیف یکون عقدین أو عقداً، فهو بدلیل کون العقود تتبع القصود، بالإضافه إلی أنه أمر عقلائی والشارع لم یردع عنه، بل إطلاقات الأدله تشمل کلا الأمرین.

ومنه یعلم أن الصوره لیست خاصه بما ذکره المصنف بقوله: {ویکون کما لو قارض أحدهما فی نصف المال بنصف وقارض الآخر فی النصف الآخربربع الربح، ولا مانع منه}، وفی المسالک: إن ذلک جائز اتفاقاً.

والفرق بین کونه قراضاً واحداً أو قراضین أن أحدهما لو کان مغبوناً حق له الفسخ فی قراضه فقط، ولا یحق للآخر الفسخ لأنهما قراضان، بخلاف ما إذا کان قراض واحد فإنه إذا فسخ انفسخ الکل، فیما لو کان القراض بنفسه لازماً من جهه شرط لزومه فی ضمن عقد آخر.

وکذلک فی حق فسخ المالک إذا ظهر غبنه فی أحدهما، وکذلک إذا شرط أحدهما علی الآخر شرطاً، ولم یف الطرف بالشرط، إلی غیر ذلک.

{وکذا یجوز تعدد المالک واتحاد العامل، بأن کان المال مشترکاً بین اثنین فقارضا واحداً بعقد واحد بالنصف مثلاً متساویاً بینهما، أو بالاختلاف بأن یکون فی حصه أحدهما بالنصف، وفی حصه الآخر بالثلث أو الربع مثلاً}

ص:۳۰۳

وكـذا يجوز مع عـدم اشتراك المـال، بأن يكون مال كل منهما ممتازاً وقارضا واحـداً مع الإذن فى الخلط مع التساوى فى حصـه العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون فى مال أحدهما بالنصف، وفى مال الآخر بالثلث أو الربع.

والكلام فى عدم الإجحاف وفى كونه عقداً واحداً أو عقدين فى لفظ عقد واحد، كما سبق فى عكسه.

{وكـذا يجوز مع عـدم اشتراك المـال، بـأن يكون مال كل منهما ممتازاً، وقارضا واحـداً مع الإذن فى الخلط} بل وبـدونه أيضاً، كما إذا كان لكل ألف وجعلا فى دكانين وأخـذ يعمل هـذا فى هـذا الـدكان مره وفى الـدكان الثانى مره، وهكذا العامل الثانى، والحاصل يجعلانه فى البنك، إذ لا دليل على لزوم الخلط.

{مع التساوى فى حصه العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون فى مال أحدهما بالنصف، وفى مال الآخربالثلث أو الربع} إلى غير ذلك من الصور المتصوره.

ص:٣٠۴

مسأله ۲۸ القراض فی المال المشترک

(مسأله ۲۸): إذا کان مال مشترکاً بین اثنین فقارضا واحداً واشترطا له نصف الربح وتفاضلا فی النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزید من الآخر مع تساویهما فی ذلک المال أو تساویا فیه مع تفاوتهما فیه

(مسأله ۲۸): {إذا کان مال مشترکاً بین اثنین فقارضا} عاملاً {واحداً، أو اشترطا له نصف الربح وتفاضلا فی النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزید من الآخر مع تساویهما فی ذلک المال} کما إذا کان المال المشترک بینهما ألفاً لکل خمسمائه وأعطیاه لزید لیستربح، والربح یقسم نصفه للعامل ولأحدهما ثلث النصف، وللآخر ثلثاه، فمن الربح ثلاثه للعامل ولأحدهما واحد وللثانی اثنان.

{أو تساویا فیه} فی الربح {مع تفاوتهما فیه} فی المال المشترک، بأن کان الألف رأس المال، لأحدهما منه سبعمائه وخمسون، وللآخر مائتان وخمسون، فجعل للعامل نصف الربح، ولکل منهما نصف الباقی، أی واحد ونصف من الثلاثه.

وعلیه تکون صور المسأله خمسه:

لأن رأس المال إما متساو بینهما أو مختلف.

والأول له صورتان: لأنه إما یجعل الاختلاف فی الربح، أو التساوی.

والثانی له ثلاث صور: لأنهما أما یتساویان فی الربح، أو یختلفان، والاختلاف إما أن یکون بکون الزائد من الربح لمن زاد رأس ماله والناقص للناقص، وإما عکسه بأن یکون الزائد للناقص والناقص للزائد.

ص:۳۰۵

فإن كان من قصدهما كون ذلك للنقص على العامل بالنسبه إلى صاحب الزياده، بأن يكون كأنه اشترط على العامل فى العمل بماله أقل من ما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصه ثلثى ربح حصته مثلاً مع تساويهما فى المال فهو صحيح

{فإن كان قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبه إلى صاحب الزياده} والمراد بالقصد القصد الذى صب عليه المعامله، وإلا فالقصد الخارج عن ذلك لا اعتبار به، إذ العقود تتبع القصود.

{بأن يكون كأنه اشترط هو العامل فى العمل بماله أقل مما شرطه الآخر له} وذلك {كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصته، وشرط له صاحب النقيصه ثلثى ربح حصته مثلاً مع تساويهما فى المال، فهو صحيح} لإطلاق الأدله، كما إذا كان لهما ألف لكل واحد خمسمائه وربح ستمائه وشرط أحدهما له ثلث ربح حصته، أى مائه من ستمائه، وشرط الآخر له ثلثى ربحه أى مائتين، فإن شارط الثلث آخذ أكثر الربح، وشارط الثلثين آخذ أقل الربح.

وبذلك يعلم أن اللازم بقاء شىء للمالك، وإلا بطلت المضاربه بالنسبه إليه، كما إذا كان الألف لمحمد وعلى، بأن كان لمحمد ثلاثه أرباعه، ولعلى ربعه، وشرطا له نصف الربح على كل نصف ما يأخذه العامل، وفرض أن الربح كان ستمائه، فإن المضاربه باطله بالنسبه إلى على، حيث إن ربح ربعه مائه

لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل، وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل، بل على الشريک الآخر، بأن يکون المجعول للعامل بالنسبه إليهما سواء، لكن اختلفا فى حصتهما بأن لا يکون على حسب شركتهما

وخمسون وقد فرض أن العامل جعل له على كل منهما ربحاً مساوياً، فعلى على تمام ربحه، بينما على محمد ثلث ربحه، إذ محمد ربح أربعمائه وخمسون وعلى ربح مائه وخمسون.

ثم إن المصنف علل الصحه بقوله: {لجواز اختلاف الشريكين فى مقدار الربح المشترط للعامل} والظاهر أنه أراد دخول المضاربه المذكوره فى إطلاق الأدله، لا أنه أراد تعليل الصحه بذلک حتى يرد عليه إشكال المستمسک بأن التعليل أشبه بالمصادره.

{وإن لم يكن النقص راجعاً إلى العامل بل على الشريک الآخر، بأن يکون المجعول للعامل بالنسبه إليهما سواء، لكن اختلفا فى حصتهما بأن لا يکون حسب شركتهما} كما إذا كان من ألف رأس المال لمحمد ثلاثه أرباعه ولعلى ربعه، وربح ألفاً، وقررا أن يکون للعامل ربع الربح أى مائتان وخمسون، على التساوى نصفه على محمد، ونصفه على على، مع العلم أن النسبه تقتضى أن يکون على محمد مائتان، وعلى على خمسون، فإن معنى التساوى أن محمداً صاحب الربح الأكبر أخذ من على خمسه وسبعين، حيث كان المقرر أن يعطى مائتين فأعطى مائه وخمسه وعشرين.

فقـد يقال فيه بالبطلان لاسـتلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين، أو تساويهما مع التفاوت فى المالين، بلا عمل من صاحب الزياده، لأن المفروض كون العامل غيرهما، ولا يجوز ذلك فى الشركه،

{فقد يقال فيه بالبطلان} القائل المبسوط وجامع الشرائع، وتوقف فيه فى التحرير على ما حكى عنهم {لاستلزامه زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالين} أى إنه أخذ أكثر من ربحه.

{أو تساويهما} فى الربح {مع التفاوت فى المالين} وهذا الثانى (أو تساويهما) هو الذى ذكرنا مثاله فى ربح الألف للألف، ومثال الأول (أى زياده لأحدهما) واضح أيضاً.

{بلا عمل من صاحب الزياده} أى الذى أخذ الأزيد {لأن المفروض كون العامل غيرهما} وهو الشخص الثالث العامل.

{ولا يجوز ذلك} أخذ الزياده الخارجه من ربح الشريك الآخر {فى الشركه} لا يخفى أن التعليل غير تام، بل اللازم أن يعلل بأنه لا يجوز جعل حصته من ربح المضاربه للأجنبى، حيث إن النقص على الشريك الآخر فى المضاربه حسب الفرض، والربح يلزم أن يكون بين المالك والعامل، فإذا أخذ محمد شيئاً من ربح على كما فى المثال المتقدم، فقد جعل ربح مال على ثلاثه أقسام: قسم لعلى، وقسم لمعامله، وقسم للأجنبى.

ثم هل جعل حصه من الربح للأجنبى فى المضاربه صحيح، قولان:

والأقوى الصحه لمنع عدم جواز الزياده لأحد

الأول: عدم الصحه لقول (عليه السلام): «والربح بينهما»((١)) .

والثانى: الصحه، لأن كون الربح بينهما مقتضى إطلاق العقد، لا مقتضى العقد بنفسه، وليس مخالفاً للكتاب والسنه.

وعليه فالظاهر أنه لا بأس بهذا الشـرط، ولذا قال فى المسـتمسك: (بل له أن يشترط على أحد الشريكين شروطاً تعود فائدتها إلى الشـريك الثانى لا غير إذا كان لا يقبل المضاربه إلاّ بـذلك، فإذا قال: لا أضارب بمالى إلاّ إذا زوجنى الشـريك جاريته، فحينئذ يصـح للعامـل الـذى يريـد المضـاربه أن يشترط على أحـد الشـريكين أن يزوج جـاريته شـريكه الآـخر كى يتمكن من المضاربه بالمال، ولا يجوز أن نقول: إن هذا الشرط قائم بين الشريكين، ولا دخل للعامل فيه) انتهى.

ومنه يعلم صـحه اشتراط تعود فائـدته إلى غير الأـطراف الثلاـثه، كمـا إذا قـال العامل: أضاربک على أن يعطى أخوک بنته لزيد الأجنبى.

وقـد ذكرنا فى باب المعامله صـحه أقسام أربعه، ثالثها: أن يعطى المال للخباز ليعطى الخبز للفقير، ورابعها: أن يعطى المال للخباز ليصـبغ ولد الخباز دار ولد المعطى مثلاً، فإن كل ذلک معاملات عقلائيه، إن لم تصح بيعاً صحت معاملةً يشملها (أوفوا بالعقود) ونحوه.

{و} على هذا فقد ظهر أن {الأقوى الصحه لمنع عدم جواز الزياده لأحد

١- الوسائل: ج١٣ ص١٨١ الباب ١ من أبواب المضاربه ح١

الشـريكين بلاـ مقابلتها لعمل منه، فإن الأقوى جواز ذلك بالشـرط، ونمنع كونه خلاف مقتضـى الشـركه، بل هو خلاف مقتضـى إطلاقها، مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركه والمضاربه وإن كانت متضمنه للشركه.

الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه} وكما يكون كذلك فى الشركه يكون كذلك فى المضاربه.

{فإن الأقوى جواز ذلك بالشرط} فى كلا البابين، لإطلاق أدله الوفاء بالشرط([1]) بعد أن لم يكن مثل هذا الشرط منافياً للكتاب والسنه، ولا لمقتضى العقد، وإن كان منافياً لإطلاقه، كما هو شأن كل شرط.

{ونمنع كونه خلاف مقتضى الشركه} أو مقتضى المضاربه {بل هو خلاف مقتضى إطلاقها} وذلك مما لا بأس به.

أما قوله: {مع أنه يمكن أن يدعى الفرق بين الشركه والمضاربه} بجواز مثل هذا الشرط فى المضاربه وإن لم يجز ذلك فى الشركه، إذ لاـ تلازم بين أحكام الشركه وأحكام المضاربه، إذ فى الشركه يتبع الربح للمال وليس هنا كذلك، إذ الربح تابع للمال وللعمل.

{وإن كانت متضمنه للشركه} فيرد عليه أنه لا وجه للفرق بعد أنه بدون

١- الوسائل: ج١٥ ص٤٩ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح٢، والكافى: ج٥ ص٤٠٤

الشرط لاـحق فی ذلک، ومع الشرط لا بأس فی کلیهما، حیث إن الشرط خلاف الإطلاق لا خلاف مقتضی العقد أو الکتاب والسنه.

ومما ذکرنا ظهر وجه النظر فی کلام جمله من المعلقین، حیث أشکلوا علی الشرط فی کلا العقدین، أو قالوا بالفرق بین الشرکه والمضاربه.

ص:۳۱۱

مسأله ۲۹ تبطل المضاربه بموت أيهما

(مسأله ۲۹): تبطل المضاربه بموت كل من العامل والمالك، أما الأول فلاختصاص الإذن به، وأما الثانی فلانتقال المال بموته إلی وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلی عقد جديد

(مسأله ۲۹): {تبطل المضاربه بموت كل من العامل والمالك} كما هو المشهور بينهم، المنقول عن المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحه والإرشاد وشروحه والتبصره وغيرها، فإن ذلك عندهم حكم العقود الجائزه والتی منها المضاربه بالإجماع المتقدم نقله، بل لم أجد أحداً خالف ذلك فی المقام.

وقال فی مفتاح الكرامه: معللين بأنها وكاله فی المعنی، ولولا ما يظهر منهم من عدم الخلاف لأمكن المناقشه، إذ لا تلازم بين جواز العقد وبين بطلانه بالموت.

{أما الأول: فلاختصاص الإذن به} فيكون الوارث كسائر الناس لا يجوز أن يتصرف بغير إذن المالك وليس ذلك من الحقوق حتی يكون موروثاً للوارث، كذا فی المستمسك.

لكن لا يخفی أن هذا الدليل غير تام، لأنه إن لم يثبت بطلان المضاربه العقديه لا يكفی هذا دليلًا علی بطلانها، فهو من قبيل أن يقال ببطلان البيع بموت المشتری لاختصاص كونه طرف البائع، إذ المفروض أن المضاربه عقد لا ـ مجرد إذن، والإذن ليس مضاربه ولا جزءاً منها ولا ملازماً لها بحيث إذا فقد الإذن فقد لازمه، هذا بالإضافه إلی أن فقد الإذن أول الكلام، حيث يمكن أن يقول المالك: أنت وأولادك مأذونون فی المعامله المضاربيه، فتأمل.

{وأما الثانی: فلانتقال المال بموته إلی وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلی عقد جديد

بشرائطه فإن كان المال نقداً صح، وإن كان عروضاً فلا، وهل يجوز لوارث المالك إجازه العقد بعد موته، قد يقال بعدم الجواز.

بشرائطه} بأن يعقد الوارث مع العامل عقداً جديداً، سواء بشرائط المورث أو غيرها.

ومما تقدم يعلم ضعف هذا الوجه أيضاً، إذ المضاربه عقد، وانتقال المال إلى الوارث لا يكفى دليلًا على إبطال العقد، والعمده ما تقدم من عدم الخلاف فى بطلان المضاربه بموت أحدهما.

ثم لو كان المالك اثنين فمات أحدهما بطل فى حصته، وإن كان العامل متعدداً فمات أحدهما فمقتضى القاعده أنه إذا كان العامل مجعولاً على نحو المشاركه بطلب بقدر الميت نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما.

وإن كان مجعولاً بنحو البدليه، على أسلوب الواجب الكفائى، أى إن الجامع بينهما عامل، لم تبطل إذ العامل الكلى بينهما الذى هو طرف المالك لم يفقد بفقد أحدهما.

{فإن كان المال نقداً} حين موت أحدهما {صح} العقد الجديد بين الوارث وطرف المضاربه الذى لم يمت {وإن كان عروضاً فلا} على المشهور، حيث إن العروض لا يصح جعله مال المضاربه عندهم، لما عرفت من عدم جواز المضاربه على غير النقدين.

لكنك عرفت صحته فلا بأس بالعقد الجديد معه.

{وهل يجوز لوارث المالك إجازه العقد} السابق {بعد موته} فلا يكون عقداً جديداً محتاجاً إلى كون المال نقداً {قد يقال بعدم الجواز} واستظهره

لعـدم علقه له بالمـال حـال العقـد بوجه من الوجوه ليكون واقعـاً على مـاله أو متعلق حقه، وهـذا بخلاـف إجاره البطن السابق فى الوقف أزيد من مده حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازه،

المسـتمسک من الشـرائع حيث قـال: (ولو مـات رب المال والمال متاع فأقره الوارث لم يصـح، لأن الأول بطل، ولا يصـح ابتـداءً القراض بالعروض) انتهى.

لكن الظاهر أن المراد بعباره الشرائع هو الذى ذكره القواعد أيضاً، حيث قال: (ولو مات العامل فللمالک تقرير وارثه على العقد).

وقال فى مفتاح الكرامه: (المراد من تقريره إنشاؤه وتجديده) إلى آخر كلامه.

{لعدم علقه له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه} الآتيه، وإذا لم تكن علقه لم يكن مجال للإجازه، إذ الإجازه محلها أن يكون للمجيز ولايه على العقـد، وإلا فأى ربط بين المجيز وبين العقد، فيكون حال الإجازه حال إجازه زيد بيع عمرو لبكر بدون ارتباط بينه وبين المالين أصلاً.

{ليكون} الإـذن الإجازه {واقعاً على ماله أو متعلق حقه} فعمل وارث المالك مضاربه جديـده لا إجازه لمضاربه المالك الميت حتى تكون المضاربه استمراراً لا ابتداءً.

{وهـذا بخلاف إجاره البطن السابق فى الوقت أزيـد من مـده حياته، فإن البطن اللاحق يجوز له الإجازه} للعقد السابق، إذ البطن السابق لا حق له بالنسبه إلى

لأن له حقاً بحسب جعل الواقف، وأما فی المقام فلیس للوارث حق حال حیاه المورث أصلًا، وإنما ینتقل إلیه المال حال موته، وبخلاف إجازه الوارث لما زاد من الثلث فی الوصیه

زمن البطن اللاحق، فإجارته بالنسبه إلی هذا الزمن فضولی، فللبطن اللاحق الإجاره أو الرفض.

{لأن له حقاً} أی کل الحق {بحسب جعل الواقف} فلا یشبه وارث المالک البطن اللاحق.

{وأما فی المقام فلیس للوارث حق حال الحیاه المورث أصلًا، وإنما ینتقل المال إلیه حال موته}، بل وکذلک الأمر إذا کان للوارث حق فی المال، کما إذا وهب الابن والده دنانیر وشرط فی الهبه أن یکون للولد حق الإشراف علی المال عیناً وبدلاً، فضارب الوالد فی المال ومات، بحیث انتقل المال إلی نفس الوارث الواهب، فإن الحق لما انقطع بموت الوالد لم یکن للولد الإجازه للمضاربه، إذ الاجازه بالنسبه إلی المضاربه حال حیاه الوالد لا کلام فیها، لفرض أنه أجازها لتلک الحال، والإجازه بعد موت المالک لا مورد لها، لأن الحق سقط، وتبدل الأمر إلی مالکیه الوارث.

ومثل الشرط فی الهبه الشرط فی کل مال انتقل من الوارث إلی المورث، أو کان للمورث وجعل حق للشارط فیه.

{وبخلاف إجازه الوارث لما زاد من الثلث فی الوصیه} لما حقق فی کتاب الوصیه من أن المورث لا حق له فی الوصیه أکثر من الثلث([1])، فإذا أوصی

۱- انظر الوسائل: ج۱۳ ص۳۶۴ الباب ۱۹ من أبواب أحکام الوصایا ح۱, ۲, ۳, ۴

وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإن له حقاً فيما زاد، فلذا يصح إجازته، ونظير المقام إجاره الشخص ماله مده مات فى أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال:

بالأكثر كان ذلك متوقفاً على إجازه الوارث.

{وبالمنجز حال المرض على القول بالثلث فيه} فإن جمعاً من الفقهاء أفتوا بتوقف ما زاد من الثلث فى منجزات المريض على إجازه الورثه.

{فإن له} أى للوارث {حقاً فيما زاد} حيث إن الشارع قال بتوقف ما زاد، على إجازه الورثه على هذا القول، {فلذا يصح إجازته} لأن الإجازه تصح فى التصرف فى ملك الغير، أو فى متعلق حقه، والأمثله المذكوره كلها متعلق الحق فيصح للغير صاحب الحق الإجازه.

{و} أما المقام فليس كذلك، إذ {نظير المقام إجاره الشخص ماله مده} أطول من حياته بحيث {مات فى أثنائها} كما لو آجر داره سنه، وقد مات بعد سته أشهر من الإجاره {على القول بالبطلان} للإجاره {بموته}، لأن حقه فيه ما دام حياً، فإذا مات فقد انتقل الحق إلى الوارث.

{فإنه لا يجوز للوارث إجازتها} أى إجازه الإجاره، وإنما لا يجوز لأنه قبل الموت لا حق للوارث، وبعد الموت لا إجاره لأنها تبطل، فأى شىء يجيزه الوارث، كما ذكرنا نحو ذلك فى المضاربه.

{لكن يمكن أن يقال} لتوجيه صحه إجازه الوارث للمضاربه: إنه ليس موضع

يكفى فى صحه الإجازه كون المال فى معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له علقه به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث، لا قبوله ولا تنفيذه، فإن الإجازه أقسام: قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما فى إجازه بيع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حق

الإجازه هو ملك الغير أو حقه الفعلى، بل هناك شىء ثالث هو موضع الإجازه فـ {يكفى فى صحه الإجازه كون المال فى معرض الانتقال إليه، وإن لم يكن له} أى للمال {علقه به حال العقد، فكونه} أى المال {سيصير له} بعد موت المالك {كاف} فى صحه إجازه الوارث لما عقده المورث من المضاربه، وذلك لأن الإجازه أمر عقلائى، وكلما كان العقلاء يرونها لابد وأن نقول بصحتها حيث لم يمنع الشارع عنها، فإن (أوفوا بالعقود) ونحوه يشملها، فإنها تجعل العقد عقد الوارث، وهكذا بالنسبه إلى سائر الإطلاقات.

{ومرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورث} فهو إبقاء لا ابتداء حتى يقال المضاربه لا تصح إلّا بالنقدين ولا نقدان فى المقام.

{لا قبوله} كما فى إجازه المالك لعقد الفضولى.

{ولا تنفيذه} كما فى إجازه ذى الحق العقد الذى أجرى على حقه، بل الإجازه هنا قسم ثالث.

{فإن الإجازه أقسام} فـ {قد تكون قبولاً لما فعله الغير، كما فى إجازه بيع ماله فضولاً} وفى إجازه عقدها الغير فضولاً، إلى غير ذلك من الامثله.

{وقد تكون راجعاً إلى إسقاط حق} هذا المجيز فى الشىء الذى وقع عليه

كما فى إجازه المرتهن لبيع الراهن، وإجازه الوارث لما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاءً لما فعله المالك كما فى المقام.

العقد {كما فى إجازه المرتهن لبيع الراهن، وإجازه الوارث لما زاد عن الثلث} مع فرق بينهما، حيث إن المرتهن تعلق حقه فعلاً بالعين، بخلاف ما زاد عن الثلث، حيث إن المال للمورث حال حياته، لقاعده السلطنه وغيرها، وإنما جعل الشارع صرف ما زاد متوقفاً على إجازه الوارث حال حياه المورث أو بعد مماته.

{وقد تكون} الإجازه {إبقاءً لما فعله المالك كما فى المقام} وبما تقدم فى وجه صحه مثل هذه الإجازه ظهر الإشكال فيما ذكره المستمسك بقوله: (إن أريد إجازه العقد بلحاظ الحدوث، كما فى إجازه الفضولى، فالعقد لا قصور فيه من هذه الجهه كى يحتاج إلى الإجازه، والإجازه صادره ممن لا تعلق له بالعقد، وإن أريد إجازته بلحاظ البقاء، فالبقاء ليس مقصوداً للمجيز، ولا مما يقبل الجعل، وفى المقام متعذر لفرض البطلان، كما ذكر فى الشرائع، وإن أريد من الإبقاء التجديد اختص ذلك بما إذا كان المال نقداً، ولا يصح إذا كان عروضاً، كما ذكر أيضاً فى الشرائع)

إلى أن قال: (والتحقيق أن المالك ركن فى عقد المضاربه كالعامل، فإذا مات أحدهما بطل العقد ضروره، كما فى موت أحد الزوجين، فلا يمكن جعل إبقائه أبداً، كما ذكر المحقق (رحمه الله) فلا يمكن إبقاء العقد، لا بالإجازه ولا بالإبقاء) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنا نريد الإجازه بلحاظ البقاء، وقوله: (والبقاء ليس مقصوداً للمجيز ولا ـ مما يقبل الجعل) يرد عليه أن البقاء مقصود للمجيز فما

فعله المورث قابل للبقاء عرفاً، فإذا أجازه الوارث بقى، وإلا لم يبق، أما أنه قابل للبقاء فللعرف الذى هو المعيار فى المعاملات، ولم يرد الشارع العرف فى ذلك، بل إطلاق (أوفوا)(۱) ونحوه يجعله عنده إذا أجازه.

كما يرد عليه أن قوله: (ولا مما يقبل الجعل) محل إشكال، إذ ذلك من الأمور العرفيه لا العقليه حتى تأتى فيه الاستحاله، وفرض البطلان مع فرض إجازه المالک مصادره، فإن البطلان إنما هو عند من لا يرى الإجازه لا عند من يراها، فكيف يستدل بالبطلان عند من لا يرى البطلان، إلّا إذا لم يجزه الوارث.

وثانياً: إن قوله: (ليس مقصوداً للمجيز) فيه: إن البقاء مقصود للمجيز، لما عرفت من أن المورث فعل شيئاً قابلاً للبقاء عرفاً، فمقصود المجيز البقاء.

وثالثاً: كون المالک كالزوج غير تام، فمن أين هذا التشبيه، بل العرف الذى هو المعيار فى المعاملات يرى أن الركنين فى المضاربه المال والعمل، مثل رؤيته ذلک فى البيع وغيره، حيث إن الركنين البدل والمبدل، وذلک بخلاف الزوجين، فهما المقصود بالقضايا الجنسيه، وعليه فقول المصنف أقرب.

ومنه يظهر وجه النظر فى كلام جمله من المعلقين الذين لم يرتضوا كلام المصنف، وأن مقتضى القاعده مع الذين سكتوا عليه.

ص:۳۱۹

۱- سوره المائده: الآیه ۱

مسأله ۳۰ التوكيل فی مقدمات المضاربه

(مسأله ۳۰): لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلًا فی عمله، أو يستأجر أجيراً إلّا بإذن المالك، نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار فی بعض المقدمات على ما هو المتعارف، وأما الإيكال إلى الغير وكاله أو استيجاراً فی أصل التجاره

(المسأله ۳۰): اللازم فی المضاربه اتباع المنصرف منها، فإنه المقصود لهما، والعقود تتبع القصود، لأنه إذا لم يكن قصد لم يصدق (عقودكم)، وعليه فإذا كان المنصرف الإطلاق بالنسبه إلى أخذ العامل الوكيل فی العمل أو المقدمات جاز له ذلك، وإذا كان المنصرف عدم أخذ الوكيل لم يجز له ذلك.

ومنه يعلم أن قول المصنف {لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلًا فی عمله، أو يستأجر أجيراً إلّا بإذن المالك} لا بد وأن يراد به ما إذا كان المنصرف مباشره العامل بنفسه، وإلا فلا وجه له، وادعاء أنه المنصرف إلّا ما خرج خلاف العرف، كما لا يخفى لمن راجعه.

كما أن قول المصنف: {نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار فی بعض المقدمات على ما هو المتعارف} لا بد وأن يريد به ما كان متعارفاً، فليس كل المقدمات كذلك، ولذا قال المستمسك (والحكم فی الجميع وجوب أن يكون العمل بإذن المالك المستفاد من الإطلاق، أو من صريح الخطاب أو من العاده أو غير ذلك من القرائن فإذا لم تعلم لم تجز التصرف) انتهى.

ومنه يعلم حال ما إذا كان المتعارف عمل أی من العامل أو وكيله وأجيره، حيث يجوز عمله بنفسه وإيكاله إلى غيره.

{وأما الإيكال إلى الغير وكالهً أو استيجاراً فی أصل التجاره} أو جعالهً أو ما

فلا يجوز من دون إذن المالك، ومعه لا مانع منه، كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلّا بإذن المالك.

أشبه {فـ} قد عرفت اتباعه للانصراف ونحوه، و{لا يجوز من دون إذن المالك} وإذا لم يكن إنصراف إلى الإجازه ثم أجاز كفى، لأن الحق لا يعدوهما ولا دليل على المنع.

وإذا كان انصراف ثم قال: سحبت إجازتى لم ينفع السحب، إلّا أن يبطل المضاربه وينشأها من جديد، لأصاله عدم حق له فى ذلك.

{ومعه لا مانع منه} كما عرفت.

ولو اختلفا فى أن العقد شامل أم لا، فالمرجع الظهور العرفى فى العقد.

ولو قال المالك: لم أقصد الإجازه، وإن كان الظاهر عند العرف ذلك، ففيه احتمالان، من أنه أعرف بقصده، ومن أنه مدع فعليه الإثبات، والأقرب الثانى.

ولو اختلف العرف فى استفاده الظهور من العقد تساقط، والمرجع الأصل.

وقد ظهر مما تقدم الإشكال فى إطلاق قوله: {كما أنه لا يجوز له أن يضارب غيره إلّا بإذن المالك} بل اللازم إيكال الأمر إلى المتعارف الذى ينصب عليه إطلاق العقد، وقد عرفت حال الإذن بعد العقد.

مسأله ۳۱ لو ضارب العامل مع عامل آخر

(مسأله ۳۱): إذا أذن فی مضاربه الغیر، فإما أن یکون بجعل العامل الثانی عاملًا للمالک، أو بجعله شریکاً معه فی العمل والحصه، وإما بجعله عاملاً لنفسه، أما الأول فلا مانع منه وتنفسخ مضاربه نفسه علی الأقوی، واحتمال بقائها مع ذلک لعدم المنافاه کما تری

(مسأله ۳۱): {إذا أذن} المالک {فی مضاربه الغیر، فإما أن یکون بجعل العامل الثانی عاملًا للمالک} کلًا {أو بجعله شریکاً معه فی العمل والحصه} سواء العمل والحصه مطلقین، أو مقیدین، أو بالاختلاف، کأن یکون الثانی شریکاً فی نصف العمل أو ثلثه مثلًا بقدر نسبه ما للعامل الأول أو أکثر أو أقل.

{وإما بجعله عاملًا لنفسه} من غیر ربط للعامل الثانی بالمالک.

{أما الأول فلا مانع عنه} لإطلاق الأدله الخاصه والعامه، {وتنفسخ مضاربه نفسه علی الأقوی} کما هو ظاهر المسالک، وقرره علی ذلک عامه المعلقین الذین وجدنا تعلیقاتهم، وذلک للتنافی بین کون کل منهما عاملًا مستقلًا، وحیث تمنع ذلک عقلًا لا یشمله الدلیل الشرعی.

{واحتمال بقائها مع ذلک} کما اختاره الجواهر {لعدم المنافاه} حیث إن مثل العامل مثل الوکیل، فکما یمکن أن یکون للإنسان فی ماله وکیلان مستقلان إذا عمل أحدهما لم یبق موضوع للعمل الثانی، کذلک یمکن ذلک فی المقام، {کما تری} إذ المضاربه عقد لا یمکن أن یرتبط بهذا بشخصه وبذاک بشخصه.

نعم إذا لم یلاحظ الشخص، أی کانا من قبیل أفراد الکلی، حیث إن الجامع

ویکون الربح مشترکاً بین المالک والعامل الثانی ولیس للأول شیء إلاّ إذا کان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فیستحق حصته ذلک الربح

هو الطرف کما تقدم هنا تصویر ذلک، فلا مانع، وحیث إنه عقلائی یشمله أدله العقود، وأدله المضاربه معاً، لکن هذا التصویر خلاف ظاهر کلام الجواهر، حیث استدل علی الصحه بعدم ما یدل علی اعتبار خلو عن وقوع عقد قراض علیه فی صحه الثانی، انتهی.

وفیه: أولاً: إن الاستدلال بعدم، لا یفید إلاّ إذا انضم إلیه الإطلاق.

وثانیاً: النقض بسائر العقود، فهل یصح أن یقال مثل ذلک فی سائر العقود.

ثم إن المستمسک ذکر أن ذلک یمنع من تعدد العامل بالنسبه إلی العمل الواحد لا بالنسبه إلی عملین، فإذا عمل الأول وربح کان له سهم من الربح، وإذا عمل الثانی أیضاً فربح کان له سهم، کما صرح بذلک الجواهر.

أقول: هذا مع الإطلاق، أما مع قید کون الربح کله للثانی إذا جعله عاملاً للمالک فالربح کله للثانی، وإنما یقدم علیه العامل لأنه یرید التخلص من العمل الذی قبله هکذا ببعض الملاحظات، لکن کلامهما إنما هو فی الإطلاق، کما أن کلام المصنف إنما هو فی فسخ المضاربه إطلاقاً بالمضاربه الثانیه فلا ینافیه کلامهما.

{و} حیث انفسخت المضاربه الأولی إطلاقاً {یکون الربح مشترکاً بین المالک والعامل الثانی} کما هو مقتضی أدله المضاربه، إذ لا شأن للعامل الأول بعد أن فسخت مضاربته {ولیس للأول شیء إلاّ بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فیستحق حصته من ذلک الربح} لأن مقتضی المضاربه معه أن یستحق حصه ربحه

وظاهره أن المراد به الربح الفعلی، لکن یمکن أن یقال: إن الربح الذی یحصل فی المستقبل إذا کان مبنیاً علی عمل هذا العامل وکان إطلاق المضاربه یشمل مثل ذلک _ کما لیس ببعید عرفاً _ کان اللازم أن تکون له حصته من الربح.

نعم، إذا لم یکن الإطلاق یشمله بحیث کان استیفاء المالک لربح بعد ذلک، المبنی علی عمل هذا العمل، مع اشتراط هدر حق العمل ولو شرطاً ضمنیاً، لم یکن للعامل شیء، وإلا ـ فلو لم یشترط هدر حق العامل لم یکن وجه لعدم شیء له بعد استیفاء المالک للربح الذی عمل فیه العامل.

أما قوله: { بعد أن عمل عملاً} فاللازم أن یکون المراد به الأعم من کونه تحت سلطه العامل، إذ قد یکون ربح بدون عمل خارجی، کما إذا أخذ العامل المال من المالک وارتفع السعر عنده، فإنه ربح لا وجه لأن یقال: لیس للعامل شیء منه، وأی فرق بین أن یشتری السکر بالنقدین بعشره فیربح عنده خمسه، حیث یکون ارتفاع سعر السکر لهما، وبین یأخذ النقدین فیرتفع سعرهما عنده.

لا یقال: الفرق أنه باشترائه السکر عمل بخلاف النقدین، فإنه لم یعمل فیهما فارتفاع سعرهما فی کیس المالک.

لأنه یقال: إن الإشراف عمل، نعم إذا کان عقد المضاربه لا یشمل مثل الإشراف لم یکن وجه لاشتراک العامل، لکن الإطلاق غالباً یشمل کل هذه الأرباح، خصوصاً فی مثل ما إذا کانت المضاربه علی العروض، کما إذا أعطاه

وليس له أن يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربه الثانيه، بل لو جعل الحصه للعامل فى المضاربه الثانيه أقل مما اشترط له فى الأولى كأن يكون فى الأولى بالنصف وجعله ثلثاً فى الثانيه لا يستحق تلك الزياده بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل جواز اشتراط شىء من الربح أو كون الزياده له

دوراً أو أجناساً للاسترباح وارتفع السعر، فقد قلنا سابقاً إن المضاربه جاريه فى كل ذلك، وأن اشتراط المشهور لزوم النقدين، غير ظاهر الوجه.

{وليس له أن يشترط على العامل الثانى شيئاً من الربح بعد أن لم يكن له عمل} ولو عمل الإشراف {بعد المضاربه الثانيه} لكن قد تقدم صحه اشتراط أن يكون للأجنبى شىء من الربح، وعليه فيصح هذا الشرط إذا كان المالك موافقاً عليه.

{بل لو جعل الحصه للعامل فى المضاربه الثانيه أقل مما اشترط له فى} المضاربه {الأولى، كأن يكون} نصيب العامل {فى الأولى بالنصف وجعله ثلثاً فى الثانيه لا يستحق تلك الزياده} لأن الربح فى المضاربه الثانيه المبطله للمضاربه الأولى بين المالك والعامل الثانى، فلا حق للعامل فى الأول فى شىء.

{بل ترجع إلى المالك، وربما يحتمل} كما فى الجواهر {جواز اشتراط شىء من الربح أو كون الزياده له} أى للعامل الأول.

ص:٣٢٥

بـدعوی أن هـذا المقـدار وهو إيقاع عقـد المضاربه ثم جعلها للغير نوع من العمل، يكفی فی جواز جعل حصه من الربح له، وفيه إنه وكـاله لاـ مضـاربه، والثـانی أيضـاً لا مانع منه وتكون الحصه المجعوله له فی المضاربه الأولی مشتركه بينه وبين العامل الثانی علی حسب قرارهما

{بدعوی أن هذا المقدار وهو إيقاع عقد المضاربه ثم جعلها للغير نوع من العمل يكفی فی جواز جعل حصه من الربح له} حيث إن المضاربه الثانيه فی طول المضاربه الأولی ومن شؤونها، فأرباح الثانيه بعـد إخراج حصه العامل تكون من أرباح الأولی فتكون حصه منها للعامل والباقی للمالك.

وهـذا هو الظاهر من الجواهر، فقول المصـنف: {وفيه إنه وكاله لا مضاربه} محل نظر، نعم المعقول فی القسم الأول أنه قد يكون وكاله أيضاً، ولـذا قسـمه المسـتمسك إلی ما تكون المضاربه الثانيه أجنبيه عن الأولی، وإلی ما تكون فی طول الأولی، فالحق مع الجواهر إذا كانت فی طولها لا ما إذا كانت كالوكاله.

{والثانی} أی ما جعله شريكاً معه فی العمل والحصه {لا مانع منه} لإطلاق أدله المضاربه، وأدله العقود((١)).

{وتكون الحصه المجعوله له فی المضـاربه الأولی مشتركه بينه وبين العامـل الثـانی علی حسب قرارهما} فيصـح أن تكون نسـبه العمـل والربـح متسـاويه، كـأن يكون من كل من العاملين نصف العمل، وله نصف الربـح المجعول للعامل، كما تصـح أن تكون النسبه مختلفه بأن كان من أحدهما نصف العمل وثلث الربح

١- سوره المائده: الآيه ١

وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثانى، ومعه يرجع إلى التشريک.

أو ثلث العمل وربع الربح أو ثلث الربح، لكن بشرط أن لا يكون إجحاف كما تقدم الكلام فيه.

وعدم الإجحاف ممكن بأن يكون العمل الأقل حجماً أكثر قيمه، لأنه عملى جسدى فكرى مثلاً، أو فكرى قيمته أكثر أو ما أشبه ذلک، كما إذا كان عملاً ذا وساخه، حيث إن أجره أكثر، وإن كان حجمه مساوياً أو أقل، إلى غيرها من الأمثله.

{وأما الثالث فلا يصح من دون أن يكون له عمل مع العامل الثانى}، وإشكال المستمسک بأن العامل فى المضاربه من يكون عاملاً للمالک، والعامل لغير المالک خارج عنه، سواء كان له عمل أم لم يكن، غير ظاهر فإن العامل للمالک يتصور بأن يكون عاملاً لعامله فى جهه المضاربه.

ومنه يظهر أن قول المصنف {ومعه يرجع إلى التشريک} محل نظر، إذ لو أراد التشريک طولاً فلا حاجه إلى الذكر لوضوحه، وإن أراد التشريک عرضاً ــ كما هو ظاهر كلام المصنف بإرجاع هذا القسم الثالث إلى القسم الثانى ــ ففيه إنه ليس من التشريک فى شىء، إذ التشريک كونهما فى عرض واحد بالنسبه إلى المالک، بينما هذا القسم الثالث العامل الثانى فى طول العامل الأول.

مسأله ۳۲ لو ضارب العامل غيره من غير إذن

(مسأله ۳۲): إذا ضـارب العامـل غيره مع عـدم الإـذن من المالك، فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما فی الإذن السابق فی الصور المتقدمه، فيلحق كلًا حكمه

(مسأله ۳۲): {إذا ضارب العامل غيره مع عدم الإذن من المالك} بأن لم يشـمل العقد ذلك، ولا أذن له خارج العقد {فإن أجاز المالـك ذلـك كمـا فی الإـذن السـابق فی الصور المتقـدمه} لأـن الإجـازه اللاحقه حالها حال الإذن السابق، لما دل على صـحه المعامله الفضوليه المستتبعه للإذن.

{فيلحق كلًا حكمه} حسب ما تقدم فی المسأله السابقه من الأحكام للأقسام الثلاثه أو الأربعه.

نعم لابـد من التنبه إلی أن الإذن قـد يكون قبل الشـروع فی العمل، وقد يكون بعده، وإذا كان بعده فإن كان إذناً للمضاربه الثانيه من حين المضـاربه، كـان العامـل فی المضـاربه الثـانيه عاملاًـ من حين عقـد المضـاربه معه، أما إذا أذن من وقت متأخر، كما إذا ضـارب العامـل العامـل الثـانی من يوم الجمعه فأجـازه المالـك من يوم السـبت، كـان حـال يوم الجمعه حال ما سيأتی من عـدم الإجازه.

وعليه فالإذن قد يكون، وقد لا يكون، وإذا كان فقد يكون من الأول، وقد يكون مما بعد الأول.

لا يقال: إما أن يأذن فی المضاربه الثانيه أو لا يأذن، ولا يمكن التبعيض، لأن العقد الواحد لا يتبعض.

لأنه يقال: لا مانع من تبعض العقد، ولذا يصح العقد مع تبعض الصفقه ونحوه.

ص:۳۲۸

وإن لم يجز بطلت المضاربه الثانيه، وحينئذ فإن كان العامل الثانى

ومنه يعلم أنه يصح إذن المالك مع كل زياده ونقيصه، من غير جهه تبعيض الزمان أيضاً، كما إذا ضارب العامل العامل الثانى مطلقاً، فشرط المالك عليه فى إذنه له بأن لا يسافر، أو أن يشترى بضاعه كذا أيضاً فى ضمن معاملاته، فشرط المالك عليه أن لا يشترى أو ما أشبه ذلك.

{وإن لم يجز بطلت المضاربه الثانيه} لأنه لا يصح التصرف فى مال المالك بدون إذنه سابقاً، ولا إجازته لاحقاً، فالمضاربه الثانيه فضوليه لم تؤيدها الإجازه.

{فإن كان العامل الثانى} لم يعمل ولم يحصل الربح فلا شىء إلّا إذا كان مغروراً وقد فوتته المضاربه شيئاً، كما إذا لم يكن يعرف أن مضاربه العامل للمالك، ولما ضاربه ترك عملاً آخر لأجل مضاربه العامل مما عاد تركه عملاً آخر بالضرر عليه، فإن حال المقام حال ما إذا حبس الحر عن عمله، حيث رجحنا هناك _ تبعاً لجماعه من الفقهاء _ الضمان، إذ لا فرق بين حبسه خارجاً وإيهامه الحبس مما يجعله مغروراً يشمله دليل «المغرور يرجع إلى من غر».

وإن كان العامل الثانى عمل ولم يحصل الربح المالى وجعل الربح المستقبلى، كما صورناه فى المسأله السابقه، كان حاله حال الفرع الذى يذكره المصنف، أى عمل وحصل الربح، إذ لا فرق فى الاستحقاق بين الربح الحالى والربح المستقبلى، حيث إن كلا الربحين ربح عمل العامل.

وإن كان العامل الثانى عمل ولم يحصل الربح إطلاقاً، لا حالاً ولا مستقبلاً، لم يكن للعامل شىء، لأنه دخل على هدر عمله إذا لم يربح، فيشمله دليل «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

عمل وحصل الربح فما قرر للمالك فى المضاربه الأولى فله، وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين، وجوه

بفاسده».

وإن كان العامل الثانى {عمل وحصل الربح} وقد أجاز شراء العامل الثانى ـ الذى وقع فضولياً ـ وإن لم يجز مضاربه العامل الأول للعامل الثانى، لوضوح أنه لا تلازم بين الإجازتين، بل مع إجازه المضاربه لا مجال لإجازه ورفض المعامله.

{فما قرر للمالك فى المضاربه الأولى فله} لأن الربح تابع للمال وللعمل، كما عرفت سابقاً، فلا وجه لأن لا يكون بعض الربح للمالك.

نعم إذا كان جعل القدر الخاص له إجحافاً كان اللازم أن يقال: إن مقدار حقه له، لا الزائد عليه الذى أجحف فيه، ويكون حال الزائد حال ما قرر للعامل من الحصه مما يأتى حاله.

{وأما ما قرر للعامل فهل هو أيضاً له، أو للعامل الأول، أو مشترك بين العاملين، وجوه}:

وجه الأول: إن الربح تابع للمال، وحيث بطلت المضاربه لم يكن شىء من الربح لغير المالك، كما يأتى تفصيله فى كلام المصنف.

ووجه الثانى: إن المقرر كون بعض الربح له وقد ربح، فاللازم إعطاء ما قرر له.

ووجه الثالث: إن العامل الأول يستحق بعضه بقدر عمله، حيث قد تقدم أن إعطاءه المضاربه للثانى نوع من العمل، وأن العامل الثانى يستحق بعضه لأنه عمل، والربح تابع للعمل.

أقواها الأول، لأن المفروض بطلان المضاربه الثانيه، فلا يستحق العامل الثانى شيئاً، وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعه على

{أقواها} عند المصنف {الأول}.

قال فى الشرائع فى مسأله ما إذا قارض العامل غيره: (فإن كان بإذنه وشرط الربح بين العامل الثانى والمالك صح، ولو شرط لنفسه لم يصح، لأنه لا عمل له، وإن كان بغير إذنه لم يصح القراض، فإن ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول، وعليه أجره الثانى، وقيل للمالك أيضاً، لأن الأول لم يعمل، وقيل للعاملين ويرجع الثانى على الأول بنصف الأجره، والأول حسن) انتهى.

وهل هذه الأقوال لأصحابنا كما هو ظاهر المحقق، أو للعامه كما نص عليه المسالك بأنها وجوه للشافعيه، احتمالان، وإن لم يكن يهم تنقيح ذلك.

وكيف كان، فقد استدل المصنف لما اختاره بقوله: {لأن المفروض بطلان المضاربه الثانيه فلا يستحق العامل الثانى شيئاً} لأن الاستحقاق كان بسبب المضاربه، فإذا لم تكن مضاربه لم يكن استحقاق.

{وأن العامل الأول لم يعمل حتى يستحق، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز} المالك {تلك المعاملات الواقعه على ماله}.

لكن ربما يرد على ذلك أن العامل سبب إنماء المال، فيكون شريكاً قهرياً مع المالك، وتكون حصته حسب جهده الفكرى والجسدى، فيكون حاله حال ما إذا صبغ ثوب زيد بدون رضاه إذا صار ذلك سبباً لزياده القيمه، فإن المشهور وإن ذهبوا إلى عدم

شیء للغاصب إذا لم تزد العین، لکن دلیلهم غیر تام، فقد استدل له فی المسالک فی کتاب الغصب بأنه متعد، وذلک عند قول المحقق: (إذا زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب، فإن کانت أثراً کتعلیم الصنعه وخیاطه الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده ولا شیء له)، قال المسالک: (لا یستحق بتلک الزیاده شیئاً لتعدیه).

وقال فی الجواهر مستدلاً لکلام المحقق الآنف: (لعدم احترام العمل بغیر إذن من المالک، بل کانت تلک الصفات من توابع مال المالک).

ولا یخفی ما فی التعلیلین المذکورین، إذ لا دلاله علی إسقاط التعدی لحق الغاصب، کما لا دلاله علی سقوط الاحترام بعد شمول «لا یتوی حق امرئ مسلم» ونحوه له، وجعل تلک الصفات من توابع مال المالک مصادره.

ویؤید ما ذکرناه کون الزرع للزارع الغاصب، کما ورد بذلک النص والفتوی، مع أن الزرع لیس عین مال الغاصب بل نماءه، وأی فرق بین نماء ماله ونماء عمله، والإشکال فی شمول «لا یتوی» للمقام لأن کونه حقه أول الکلام، غیر وارد، إذ الحق أمر عرفی، والعرف یری أنه حقه، فلو زعم غیر المالک أن الأرض وأدوات البناء له، فجعلها داراً ضاعفت قیمتها، یری العرف أن الزیاده حق البانی.

ولعله لما ذکرناه علل التذکره استحقاق العامل الثانی أجره عمله علی المالک، بأن نفع عمله عاد إلی المالک، لکن مقتضی ذلک أن یکون له کل نفع العمل، لا الأجره فقط، ورد المستمسک للعلامه بأن ذلک لیس من أسباب الضمان غیر تام، إذ لما کان حاصل عمل العامل یعد

ويستحق العامل الثانى أجره عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله

حقاً له كان استيلاء المالك عليه موجباً للضمان، لدليل «لا يتوى» وغيره.

وكيف كان، فمقتضى القاعده كون كل الزياده للعامل فى ما إذا كانت كل الزياده مستنده إليه، أما إذا كانت مستنده إليهما كما فى مصراعى الباب فالزياده لهما.

{ويستحقق العامل الثانى أجره عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأول، لأنه مغرور من قبله} والمغرور يرجع إلى من غر، لكن اللازم القول بأنه يستحق أقل الأمرين من الحصه والأجره، لأنه على تقدير أقليه الربح فقد دخل على أن له ذلك، وبذلك قد أهدر قدر زياده الأجره على الصحه، اللهم إلاّ أن يقال: إن اهداره كان مقيداً بصحه المعامله، فإذا انتفت الصحه رجع إلى القاعده الأوليه.

ومن ذلك يظهر حال ما إذا لم يربح شيئاً، فإنه إن قلنا إن البطلان يوجب أجره المثل كان له أجره المثل، إذ لما بطلت المضاربه كان المرجع القاعده الأوليه، وإن قلنا إن البطلان يوجب أقل الأمرين، {حيث إنه أهدر قدر زياده الأجره} كان اللازم عدم استحقاقه شيئاً، لأنه دخل على أنه إذا لم يربح فلا شيء له.

ثم إن المصنف قيد أجرته بقوله: {مع جهله بالبطلان}.

وقال جامع المقاصد: لا شك أنه إذا كان عالماً لا يستحق أجره، وأشكل

وقيل: على المالك، ولا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له فى العمل، وأما إذا ضاربه على أن يكون عاملاً له وقصد العامل فى عمله العامل الأول فيمكن أن يقال: إن

عليه المستمسك بأن الاختصاص بصوره الجهل يتوقف على كون الضمان بالغرور.

أما إذا كان الضمان بالاستيفاء، وأن من استوفى عمل غيره كان ضامناً له وإن كان عالماً بالبطلان، فالرجوع إلى العامل بأجره المثل يكون فى صورتى الجهل والعلم.

ويرد عليه أولاً: إن المستوفى المالك، لأن الربح دخل فى كيسه لا كيس العامل الأول.

وثانيا: إن الاستيفاء كان بقدر الحصه العادله لا بقدر الأجره، فاللازم إعطاؤه الحصه العادله، إذ الربح تابع للمال وللعمل، ولكل منهما قدر خاص من الربح، فلا وجه للأجره، سواء زادت عن الحصه أو نقصت أو ساوت.

{و} منه يعلم صحه ما {قيل} من أن العامل يستحق {على المالك} لأنه المستوفى.

{و} قول المصنف {لا وجه له مع فرض عدم الإذن منه له فى العمل} قد عرفت الإشكال فيه، وأن فى الربح حق العامل حتى مع علمه وعمده، فعدم كون حقه له خلاف القاعده.

{وأما إذا ضاربه} ضارب العامل الأول العامل الثانى {على أن يكون عاملاً له} لا للمالك {وقصد العامل} الثانى {فى عمله العامل الأول، فيمكن أن يقال: إن

الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق فى الشرائع، وذلك بدعوى أن المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانيه، والمفروض أن العامل قصد العمل للعامل الأول فيكون كأنه هو العامل فيستحق الربح

الربح للعامل الأول، بل هو مختار المحقق فى الشرائع} لكن فيه ماذكره السيد البروجردى: (من أن ظاهر المحقق عدم التفرقه بين أن يضاربه للمالك أو لنفسه، نعم دليله لا يتم إلّا فى الثانى) انتهى.

{وذلك بدعوى أن المضاربه الأولى باقيه بعد فرض بطلان الثانيه، والمفروض أن العامل} الثانى {قصد العمل للعامل الأول فيكون} العامل الأول {كأنه هو العامل فيستحق الربح}.

وإنما قيده بقوله: (إن العامل قصد العمل للعامل الأول) لأن استرباح العامل الثانى على ثلاثه أقسام: لأنه إما أن يقصد ذلك، أو يقصد التبرع بالعمل، أو لا يقصد شيئاً.

فإن قصد التبرع بالعمل لا حق له بعد أن أهدر عمل نفسه، فهو كالإبراء فى الدين والإعراض فى المال.

وإن لم يقصد لا الأجره ولا التبرع، فالظاهر أنه كقصد الأجره، لأنه لم يهدر احترام علمه، فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»((1))، إذ عمل الإنسان لنفسه إلّا إذا أهدره، فإذا لم يهدره لم يكن وجه لهدره.

ومنه يعلم أن الأولى أن يقول: لأن العامل لم يقصد التبرع بالعمل.

١- المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥

وعليه أجره عمل العامل إذا كان جاهلاً بالبطلان

ومما تقـدم علم حال ما إذا قصـد العامل فى باب المضاربه التبرع أو لم يقصـد شـيئاً، حيث إنه بقصـد التبرع يسـقط حق نفسه فلا شىء له على المالك، أما إذا لم يقصد تبرعاً ولا حصه كانت له حصته، لأنه لم يهدر عمله.

{و} كيف كـان فــ {عليه} أى العامـل الأول {أجره عمـل العامـل} الثانى، أو أقل الأمرين من أجره المثل والحصه المسـماه، وقـد تقـدم وجه احتمـال أقل الأمرين، وإنما عليه الأجره لأن عمله محترم وقـد اسـتوفاه العامل الأول، فيشـمله دليل: «لا يتوى حق امرئ مسلم» وغيره.

ولكن له الأجره {إذا كان جاهلاً بالبطلان} لما تقـدم من أنه إذا كان عالماً فقـد أهـدر عمله، كما تقـدم أنه إذا لم يكن ربـح لم يكن له حق، لأنه دخل على أنه إذا لم يكن ربح فلا شىء له.

هـذا ولكن سـبق أن قلنـا: بـأن له الأجره بنسـبه عمله، وإن كان عالماً بالبطلان، لأن الربـح وليـد رأس المال والعمل معاً، فلا وجه لاختصاص أحدهما ـ أى رأس المال ـ بكل الربح.

وكـذلك فى كل ربـح حصل ولو بدون إذن المالك، بل نصه بعدم رضاه كما إذا كان كل من الخل والعسل قيمته درهم وكان الخـل لزيـد، فخلطه بعسل عمرو مع نص مالك الخل بعـدم رضاه، فزادت قيمتها الامتزاجيه إلى ثلاثه دراهم، فإن الـدرهم الثالث لهما، ولا وجه لاختصاصه بأحدهما إلا توهم

وبطلان المعامله لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له

أنه تابع لرأس المال فهو لصاحب الخل، مما قد عرفت رده، وإلا توهم أنه حصل من عمل صاحب العسل فهو له.

وفيه: إنه ربحهما لا ربح العمل، إذ العمل ليس له هذا القدر من الربح، وكما إذا صنع مصراع باب لمصراع زيد وباعهما فضولي بثلاثه، بينما كانت قيمه كل مصراع درهماً، أو صبغ ثوبه بما بقيت عينه عندهم، فصارت القيمه ثلاثه بينما قيمه كل من الثوب والصبغ واحد ولا قيمه للتصبيغ فرضاً، وإنما قلنا (عندهم) لأنا نرى عدم الفرق بين بقاء عين الصبغ وعدمه، كما تقدم.

{وبطلان المعامله لا يضر بالإذن الحاصل منه للعمل له} إشاره إلى ما ذكره الجواهر في وجه كلام الشرائع المتقدم قال: (ولا ينافيه فرض عدم إجازه المالك إذ هي للقراض، أما ما وقع منه للشراء والبيع فهو بإذن العامل الأول الذي لم يشترط عليه مباشره ذلك بنفسه).

وأشكل عليه المستمسك بقوله: (لا يخفى أن إذن العامل لا تكفي في صحه الشراء والبيع إلّا إذا كان العامل مأذوناً من المالك في الإذن، وإذا لم يكن مأذوناً فيه من المالك فلا وجه لصحته، وقد عرفت أنه إذا كان مأذوناً فيه من المالك كان مأذوناً في المضاربه الثانيه، إذ مضمونها الشراء والبيع الذي لم يشترط عليه المباشره فيها).

وفيه: إن الإذن في تصرف غير العامل بإجازه العامل غير المضاربه التي عقدها العامل الأول مع العامل الثاني، بل لو فرض أن لا إذن من المالك كان

لکن هذا إنما يتم إذا لم يکن المباشره معتبره فی المضاربه الأولی، وأما مع اعتبارها فلا يتم، ويتعين کون تمام الربح للمالک إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربه الثانيه.

اللازم مثل اللازم فی صوره الإذن، حيث قد سبق فی بعض المسائل المتقدمه أن تخلف الشرط ونحوه فی باب المضاربه لا يوجب الحرمان من الربح، وإنما هو موجب للضمان، فالربح للعامل وإن لم يکن إذن من المالک، وعليه فأجره العامل الثانی علی العامل الأول، إما مطلقاً کما اخترناه، أو مع جهل العامل الثانی بالبطلان.

ومنه يعلم وجه النظر فی قول المصنف: {لکن هذا إنما يتم إذا لم تکن المباشره معتبره فی المضاربه الأولی، وأما مع اعتباره فلا يتم}، وجه النظر:

أولاً: إن ذلک إذا لم يجز المالک المعامله.

وثانياً: إن تخلف الشرط ونخوه من باب المضاربه لا يوجب الحرمان من الربح.

وثالثاً: قد تقدم أن الربح تابع للمال والعمل، فلا وجه لاختصاصه بأحدهما.

فقوله: {ويتعين کون تمام الربح للمالک إذا أجاز المعاملات وإن لم تجز المضاربه الثانيه} ممنوع، حتی علی مذاقهم.

وعليه فقول المستمسک: (إن کان المفهوم من المضاربه الأولی خصوص المباشره فالحکم کما ذکر المصنف من بطلان المضاربه، وکون الربح

جمیعه للمالک إذا أجاز معامله العامل الثانی، ویستحق علی العامل أجره المثل) انتهی، محل منع.

ثم إنه لو اختلفا فی أنه هل أجاز له التوکیل أو لا، فإن کان إطلاق أو تقیید عرفی من ظاهر اللفظ ولو بالانصراف کان هو المتبع، والبینه علی مدعی خلافه، وإلا کان الأصل مع المالک حیث إن التصرف فی ماله یحتاج إلی إجازته المعاملیه أو الإذنیه.

المحتويات

المحتويات

كتاب الشركه

۵ _ ۱۲۳

ص:۳۴۱

ص:۳۴۳

ص:۳۴۴

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١۴٢۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
۴.CHM
۵.PDF
۶.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥
هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١
قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.